

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Schulthess § 2020
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
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

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



Préface

Le présent ouvrage recueille les contributions en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, au moment de son départ à la retraite. Sous une formulation volontairement large – *Le droit public en mouvement* –, le titre de ces mélanges entend souligner l'étendue des domaines de recherche et d'enseignement du récipiendaire.

Etienne Poltier a enseigné depuis 2005, en qualité de professeur ordinaire, le droit administratif ainsi que le droit des marchés publics, de l'aménagement du territoire et de l'énergie au sein de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne. Son intérêt marqué pour le droit public s'est manifesté dès l'achèvement de ses études universitaires, en 1977, et l'a amené très tôt à une activité de recherche prolifique initiée par la publication d'une monographie, *Énergie – Transport – Logement*, en 1983, l'année même où il a par ailleurs soutenu sa thèse de doctorat, intitulée *Les entreprises d'économie mixte – Étude de droit suisse et de droit comparé* et récompensée par le Prix extraordinaire Edouard Fleuret.

Etienne Poltier n'a pas pour autant délaissé le droit privé, qu'il a pu approfondir au cours de sa période d'assistantat, partagée entre la chaire de droit des obligations du Professeur François Gilliard et celle de droit administratif du Professeur Pierre Moor. Ce sont particulièrement les questions à la frontière du droit public et du droit privé qui le passionnent et qui figurent parmi ses thèmes de prédilection. Le sujet de sa thèse de doctorat et ses commentaires des articles 762, 763 et 926 du Code des obligations montrent que les questions touchant à la participation de l'État dans les sociétés économiques et, plus largement, aux activités économiques de l'État, suscitent son plus vif intérêt. Par la suite, nombre de ses publications seront empreintes de réflexions subtiles relatives aux critères de délimitation entre droit public et droit privé, que ce soit en droit de la responsabilité civile, en droit des contrats – notamment dans le contexte des nouvelles formes d'organisation de l'État, en droit des marchés publics, dans celui du droit de la construction et dans celui de la prestation de fourniture d'énergie –, mais aussi – plus récemment – dans la problématique de la géothermie, qui invite à une délimitation entre propriété privée et domaine public. Ce n'est donc pas un hasard si Etienne Poltier est courtoisé tant par ses collègues privatistes que par ses collègues publicistes.

Cette pluridisciplinarité, complétée par une grande curiosité intellectuelle, a permis à Etienne Poltier d'embrasser un parcours très complet, ce qui devient rare de nos jours. Après avoir obtenu son doctorat en droit en 1983 et son brevet d'avocat en 1985, il a en effet œuvré au Service de justice du Département de justice et police du Canton de Genève, ainsi qu'au Service de justice et législation du Département de la justice, de la police et des affaires militaires du canton de Vaud, en tant que conseiller juridique, puis premier conseiller juridique. Dès 1990, il a été appelé à exercer des fonctions judiciaires, en tant que président de la Commission cantonale de recours en matière de circulation

routière, d'impôts, des estimations fiscales des immeubles et des améliorations foncières du Canton de Vaud, puis en tant que juge au Tribunal administratif cantonal, dès l'entrée en fonction de cette institution en juillet 1991, institution qu'il a présidée en 1995 et 1996. Il a également été membre et président de la Cour constitutionnelle du canton de Vaud dès sa création, en janvier 2005, cela jusqu'à son entrée dans *l'Alma Mater*, en août 2005. Dire le droit est néanmoins resté une activité essentielle, puisque dès 2008, Etienne Poltier est devenu juge suppléant auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, en parallèle à son enseignement et sa recherche.

Cette connaissance du droit administratif, dans ses composantes tant matérielles que procédurales, forgée par l'expérience acquise à l'approche des réalités toujours plus complexes que le juge doit appréhender (que d'aucuns appellent « la *praxis* échappant à toute standardisation », dans l'une des contributions qui suit), a sans aucun doute été un moteur dans l'enseignement et la recherche d'Etienne Poltier, dont ont pu bénéficier des générations d'étudiants et d'assistants. Mais plus encore, c'est sa capacité à faire émerger dans chaque sujet traité des questions parfois insoupçonnées ou à tenter de systématiser des matières encore peu explorées, qui marque sa contribution créatrice au sein de la doctrine. Que l'on songe notamment à ses réflexions sur la notion d'acte illicite dans la responsabilité de l'État, sur la délégation d'activités économiques ou sur l'entraide administrative en droit interne – qu'il a traitées dans le cadre des Journées de droit administratif, à Lausanne, dont il a été le fer de lance –, à ses diverses contributions liées au contentieux administratif (l'acte attaquant et la qualité pour agir, les litiges en matière de contrats publics, le pouvoir d'appréciation du juge), ou à ses nombreuses publications en droit des marchés publics ou en aménagement du territoire, toutes sont extrêmement riches en enseignements pour les praticiens comme pour les chercheurs. C'est toujours avec un grand intérêt qu'était suivie chacune de ses interventions en public ou au sein des colloques internes qu'il organisait à l'attention de la communauté universitaire.

La liste des contributions d'Etienne Poltier, reproduite dans le présent ouvrage, atteste de son activité productrice, que ce soit en termes de publications d'articles, de monographies ou de travaux éditoriaux. Le réseau de chercheurs européens sur le thème « Contrats Publics dans la Globalisation Juridique » dont il est membre du comité de pilotage achève de convaincre de sa renommée au-delà de nos frontières !

Quiconque a pu côtoyer Etienne Poltier aura pu se rendre compte de l'acuité de son analyse ou de ses remarques, et ce quel que soit le domaine de discussion. Ce foisonnement de la pensée lui aura toujours assuré une longueur d'avance, au point de surprendre parfois ses interlocuteurs ! Par son dynamisme intellectuel, il aura magnifiquement montré que le droit public est une matière charnière, nécessairement en lien avec les autres domaines juridiques. Et à n'en pas douter, les nombreux contributeurs publicistes, privatistes, pénalistes et internationalistes, de Suisse et d'ailleurs, qui ont répondu à l'appel du présent ouvrage achèvent d'illustrer, par la diversité des thèmes traités, que le droit pu-

blic est « en mouvement », dans un faisceau de réflexions foisonnant et en interaction avec les autres branches du droit.

Il nous reste à remercier toutes les personnes qui ont pris part à cet ouvrage, en premier lieu les contributeurs, mais également sa cheville ouvrière, M^{me} Christine De Bernardis, qui n'a pas ménagé son temps et qui a assuré, par son œil attentif et ses remarques judicieuses, la mise en forme des textes; notre gratitude s'adresse également à M^{mes} Stéphanie Tumini et Sarah Vittoz, doctorantes et assistantes diplômées au Centre de droit public, qui ont contribué à finaliser l'ouvrage, ainsi qu'aux éditions Schulthess, qui ont permis la réalisation de ce magnifique recueil.

Véronique Boillet

Anne-Christine Favre

Vincent Martenet

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public: questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI	
Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI	
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL	
Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH	
Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER	
Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL	
Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR	
Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY	
Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

I

Droit public : questions choisies

Le rendement des immeubles subventionnés

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014

Sommaire

	Page
Introduction	3
I. L'arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014	4
A. Les faits	4
B. Le droit	4
II. Le commentaire	6
A. Un loyer apprécié exclusivement en fonction des coûts	6
B. La situation à la fin du contrôle	7
Bibliographie	8

Introduction

Selon l'art. 253*b* al. 3 CO, « les dispositions relatives à la contestation des loyers abusifs ne s'appliquent pas aux locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité »¹.

Pour les logements visés par cette disposition, il est admis depuis longtemps que les autorités administratives jouissent d'une compétence exclusive pour contrôler les loyers ; les tribunaux civils ne pouvant pas se prononcer, on évite ainsi le risque de décisions contradictoires².

* Professeur à l'Université de Lausanne. Je remercie M^{me} Semsija Etemi, assistante à l'Université de Lausanne, pour sa relecture du manuscrit et pour ses commentaires.

¹ Pour des précisions quant aux logements visés par l'art. 253*b* al. 3 CO, voir CONOD, p. 37 ss ; LACHAT, Le bail à loyer, p. 119 ss N 4.2.8 ; SIEGRIST, p. 7 ss.

² Arrêt commenté, c. 2.2 ; ATF 124 III 463 c. 4b/dd.

Mais quels critères doivent appliquer les autorités administratives lors de l'examen du loyer d'un logement ayant bénéficié d'une aide cantonale ? C'est à cette question controversée qu'a répondu pour la première fois le Tribunal fédéral dans l'arrêt présenté dans cette contribution³.

I. L'arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014

A. Les faits

Depuis le 1^{er} novembre 1997, une locataire habite à Lausanne dans un appartement en faveur duquel des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis à un contrôle d'une autorité.

Le 9 novembre 2010, le service compétent du canton de Vaud établit un décompte périodique, afin de déterminer le revenu locatif admissible de l'immeuble en cause. Sur la base de ce décompte, le propriétaire notifie à la locataire une hausse de loyer au moyen d'une formule officielle.

Selon le Tribunal fédéral, « les motifs de cette hausse étaient liés à la diminution de l'aide des pouvoirs publics, à l'épuisement du fonds de régulation des loyers, ainsi qu'à la variation des éléments qui les constituent (taux hypothécaire, indice du coût de la vie, par exemple) ».

La locataire recourt sans succès contre la décision autorisant la hausse de loyer auprès des différentes autorités compétentes du canton de Vaud, puis dépose un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.

B. Le droit

Après avoir constaté que l'appartement litigieux fait partie des logements visés par l'art. 253b al. 3 CO, le Tribunal fédéral examine si le contrôle des loyers prévu par le droit

³ Dans l'arrêt commenté, c. 2.3, le Tribunal relève qu'il avait certes affirmé précédemment dans un arrêt de 2009 (le Tribunal fédéral se réfère à l'ATF 135 III 591 c. 4.2.2, et renvoie également à l'arrêt 4A_267/2009 c. 2.2) que les dispositions relatives à la « contestation des loyers abusifs (art. 269 à 270e CO, Chapitre II du Titre VIII du CO) » n'étaient pas applicables aux locaux visés par l'art. 253b al. 3 CO, mais que le litige ne dépendait alors pas de l'application de l'art. 269 CO, et qu'on « ne saurait ainsi déduire de cet arrêt que l'application de l'art. 269 CO serait exclue pour un immeuble visé par l'art. 253b al. 3 CO ».

cantonal « doit respecter les critères matériels prévus par le droit privé, en particulier la notion de loyer abusif au sens de l'art. 269 CO » (c. 2).

Selon le Tribunal fédéral, « par le biais de l'art. 253b al. 3 CO, le législateur a d'abord voulu, sur un plan procédural, empêcher un double contrôle des loyers et éviter le prononcé de décisions contradictoires ; pour les habitations qui font l'objet de mesures d'encouragement par les pouvoirs publics, l'autorité administrative chargée du contrôle des loyers jouit d'une compétence exclusive et la procédure prévue dans le droit des obligations est fermée » (c. 2.2).

Mais « l'incompétence du juge civil pour contrôler un loyer au bénéfice d'une aide des pouvoirs publics ne signifie pas encore que l'autorité administrative compétente serait déliée des autres obligations matérielles découlant du droit fédéral, en particulier l'interdiction du loyer abusif prévue à l'art. 269 CO » (c. 2.3).

Au contraire, après avoir relevé que la question n'avait pas encore été tranchée par la jurisprudence, le Tribunal fédéral affirme que l'art. 269 CO s'applique aux locaux d'habitations visés par l'art. 253b al. 3 CO.

Le Tribunal fédéral relève en particulier que l'art. 253b al. 3 CO exclut uniquement les règles relatives « à la contestation des loyers abusifs », à savoir « les art. 270 à 270d CO », visés par la lettre marginale « E. Contestation du loyer ». Il mentionne également que « l'art. 2 al. 2 OBLF parvient au même résultat en renvoyant expressément – entre autres dispositions – à l'art. 269 CO » (c. 2.3). De plus, « l'examen des travaux préparatoires confirme cette appréciation » (c. 2.3).

Cela signifie que « les autorités administratives ne peuvent pas autoriser des loyers procurant au bailleur un rendement excessif des fonds propres investis dans l'immeuble ou résultant d'un prix d'achat manifestement exagéré ; elles ne doivent pas non plus prendre en compte d'autres critères de fixation du loyer que ceux relatifs aux coûts, en particulier les loyers comparatifs (art. 269a let. a CO) » (c. 2.3).

En l'espèce, le loyer est « fondé sur les coûts », mais « les critères pris en compte par l'autorité administrative s'écartent de ceux prévus par le droit fédéral sur plusieurs points », ce qui est susceptible « d'entraîner une distorsion, peu souhaitable et au détriment du locataire, entre le montant du loyer fixé selon les critères du droit cantonal et le montant du loyer respectant l'art. 269 CO » (c. 3.1).

Toutefois, un « examen de la conformité du loyer à l'art. 269 CO uniquement à un moment déterminé du bail, comme ici plus de quinze ans après le début de la période de contrôle, ferait l'impasse sur les efforts consentis dans la durée par les pouvoirs publics et – dans le cas d'espèce – par la propriétaire » ; l'autorité compétente doit alors « tenir compte avec discernement des éléments pertinents survenus pendant toute la période d'aide des pouvoirs publics » (c. 3.2.2).

Enfin, le Tribunal fédéral précise qu'« la sortie du contrôle de l'État, le locataire comme le bailleur peuvent encore invoquer la méthode absolue de fixation du loyer pour en vérifier la compatibilité avec l'art. 269 CO » (c. 3.2.2).

Vu que le Tribunal fédéral ne dispose pas des éléments nécessaires pour contrôler le loyer, il renvoie la cause aux autorités cantonales afin de vérifier « si, compte tenu des efforts consentis par la propriétaire et les pouvoirs publics et des autres circonstances pertinentes, le loyer prévu pendant la période de contrôle viole le droit fédéral » (c. 3.3).

II. Le commentaire

A. Un loyer apprécié exclusivement en fonction des coûts

L'art. 269 CO s'applique-t-il lors du contrôle du loyer d'un logement visé par l'art. 253b al. 3 CO ? C'est le message que l'on peut être tenté de tirer de cet arrêt. La situation me semble toutefois plus nuancée.

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral affirme certes expressément qu'en « raison de la lettre de la loi, de son but et de l'intention du législateur découlant des travaux préparatoires précités, il faut admettre que l'art. 269 CO s'applique également aux loyers contrôlés par l'État »⁴.

Le Tribunal fédéral se réfère également à l'art. 2 al. 2 OBLF, qui précise expressément que l'art. 269 CO est applicable aux logements visés par l'art. 253b al. 3 CO, admettant ainsi implicitement l'art. 2 al. 2 OBLF repose sur une base légale suffisante, ce qui était controversé⁵.

Mais le Tribunal fédéral nuance ensuite fortement sa position en précisant notamment que l'autorité compétente doit « tenir compte avec discernement des éléments pertinents survenus pendant toute la période d'aide des pouvoirs publics ».

En d'autres termes, il serait erroné de tirer de cet arrêt que tous les principes développés jusqu'ici par le Tribunal fédéral lors de l'application de l'art. 269 CO aux loyers « libres » s'appliquent également lors du contrôle des loyers subventionnés⁶.

⁴ Arrêt commenté, c. 2.3. Voir aussi, plus récemment ATF 142 III 568 c. 1.1. Du même avis, notamment HIGI, art. 253a/253b N 86 et LACHAT, Le rendement des immeubles subventionnés, p. 165.

⁵ Voir les références citées par LACHAT, Le bail à loyer, p. 375 N 3.1.4 note 25.

⁶ Dans ce sens également, voir l'Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud FO.2016.0009 du 6 août 2018, c. 1 (arrêt rendu dans la même affaire) ; Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève A/3126/2015-LOGMT ATA/845/2016 du 11 octobre 2016 c. 11

On ne peut qu'approuver le Tribunal fédéral lorsqu'il relève qu'il faut tenir compte avec discernement des éléments survenus pendant la durée d'aide des pouvoirs publics⁷.

Mais était-il opportun d'affirmer que l'art. 269 CO était applicable ? À mon avis, il aurait été préférable d'affirmer que les loyers visés par l'art. 253b al. 3 CO doivent être fondés exclusivement sur les coûts (plutôt que sur les loyers usuels dans la localité ou le quartier), mais sans se référer expressément à l'art. 269 CO.

En effet, selon moi, l'art. 253b al. 3 CO n'exclut par exemple pas de prendre en compte un rendement brut, en appliquant « avec discernement » la jurisprudence développée sur la base de l'art. 269a let. c CO⁸. Il n'exclut pas non plus les plans de hausses, auxquels il est fait référence à l'art. 269a let. d CO⁹.

Cette approche est conforme au texte de l'art. 253b al. 3 CO. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, le texte de « l'art. 253b al. 3 CO exclut uniquement les règles relatives à la contestation des loyers abusifs », à savoir *les art. 270 à 270d CO* (lettre marginale « E. Contestation du loyer »)¹⁰. En d'autres termes, il n'exclut pas les art. 269a let. c et d CO.

Le texte de l'art. 2 al. 2 OBLF, qui se réfère exclusivement à l'art. 269 CO, est en revanche trop restrictif, et est donc à mon avis contraire à l'art. 253b al. 3 CO.

B. La situation à la fin du contrôle

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle à « la sortie du contrôle de l'État, le locataire comme le bailleur peuvent encore invoquer la méthode absolue de fixation du loyer pour en vérifier la compatibilité avec l'art. 269 CO »¹¹.

Mais dans un arrêt ultérieur, publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'application de l'art. 269 CO aux « appartements en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle

à 13 ; BELLANGER/DÉFAGO GAUDIN, p. 217 ss ; LACHAT, *Le rendement des immeubles subventionnés*, p. 166 ss.

⁷ Dans ce sens également BELLANGER/DÉFAGO GAUDIN, p. 217 ; LACHAT, *Le rendement des immeubles subventionnés*, p. 166.

⁸ Apparemment aussi dans ce sens, KINZER, p. 101.

⁹ C'est ce que semble d'ailleurs admettre le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, c. 3.2.1.

¹⁰ Arrêt commenté, c. 2.3 (mise en évidence par l'auteur).

¹¹ Arrêt commenté, c. 3.2.2, qui renvoie directement à l'ATF 129 III 272 c. 2.1, et indirectement à l'ATF 123 III 171 c. 6a.

d'une autorité, à tout le moins pour ceux qui le sont en vertu du droit cantonal » ne devait pas entraîner une modification de cette jurisprudence¹².

Plus précisément, le Tribunal fédéral a relevé que le régime applicable à ces appartements « ne se distingue pas notablement de celui des art. 270 ss CO. On peut donc se demander si la méthode absolue s'impose réellement après le passage d'un régime à l'autre ou si l'habituelle méthode relative n'est pas suffisamment appropriée, puisqu'elle permet au juge civil de tenir compte de toutes les évolutions intervenues depuis la dernière fixation du loyer par l'autorité administrative, y compris l'éventuelle perte de certaines prestations publiques par le bailleur. La question de la méthode applicable peut toutefois rester indécise en l'espèce »¹³.

A mon avis, il faut continuer d'admettre la possibilité pour les deux parties d'invoquer la méthode absolue à la fin du contrôle étatique¹⁴. Vu que les règles applicables durant ce contrôle restent différentes des règles applicables sur le marché « libre », il ne me paraît en effet pas contraire à la bonne foi de se prévaloir de la méthode absolue¹⁵.

Bibliographie

- BELLANGER François / DÉFAGO GAUDIN Valérie, Les loyers contrôlés par l'État peuvent-ils être abusifs ?, *SJ* 2015 I 214 ss.
- CONOD Philippe, L'art. 253b al. 3 CO et la protection des locataires contre les loyers abusifs dans les logements subventionnés, *Cahiers du bail* 1998 p. 33 ss.
- DIETSCHY-MARTENET Patricia, Méthode applicable en cas de sortie d'un contrôle étatique du loyer, *Newsletter bail* d'octobre 2016.
- HIGI Peter, *Zürcher Kommentar, Die Miete*, Zurich 1994-1998.
- KINZER Daniel, La surveillance et le contrôle des loyers dans le temps, in : Foëx/Hottelier (édit.), *Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité – Les effets du droit de propriété dans le temps*, Genève 2018, p. 79 ss.
- LACHAT David, Le rendement des immeubles subventionnés, in : Ordre des avocats de Genève (édit.), *Regards de marathoniens sur le droit suisse*, Genève 2015, p. 161 ss.
- LACHAT David, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008.
- SIEGRIST Jean-Marc, Les loyers et les frais accessoires des logements subventionnés, in : Pierre Wessner (édit.), *10^e séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 1998, p. 2 ss.

¹² ATF 142 III 568 c. 1.1.

¹³ ATF 142 III 568 c. 1.4.

¹⁴ Du même avis DIETSCHY-MARTENET, p. 3 s.

¹⁵ Les arguments avancés dans l'ATF 142 III 574 c. 1.3 restent à mon avis pertinents.

La libre circulation des familles arc-en-ciel

Sommaire

Page

Introduction	9
I. Regroupement familial des couples de même sexe	11
II. Regroupement familial des enfants de couples de même sexe	13
III. Regroupement familial inversé des parents de même sexe	15
IV. Gestation pour autrui	17
Conclusion	19
Bibliographie	20

Introduction

Dans le domaine des migrations, le droit au regroupement familial représente l'un des principaux motifs de séjour en Suisse¹. Le destinataire de ces mélanges, notre collègue et ami Etienne Poltier, s'est penché sur cette thématique à de nombreuses reprises en sa qualité de Juge cantonal puis de Juge suppléant à la Cour de droit public et administratif du canton de Vaud. Toujours très sensible à la protection de la vie familiale, Etienne Poltier a permis le respect des droits de nombreuses familles de ressortissant·e·s étrangers/ères.

Lorsqu'il se fonde sur l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), le droit au regroupement familial vise à permettre aux ressortissant·e·s de l'Union européenne (UE) de séjourner en Suisse avec les membres de leur famille et, inversement, aux ressortissant·e·s suisses et leur famille de séjourner dans les États de l'UE.

Le cercle des bénéficiaires du regroupement familial au sens de l'ALCP est défini par l'art. 3 Annexe I ALCP. Cette disposition se calque sur le droit de l'UE² et doit être in-

* Professeure à l'Université de Lausanne. L'auteure remercie son assistante diplômée, Dominique Tran, de ses recherches et sa relecture.

¹ Secrétariat d'État aux Migrations, Statistiques sur l'immigration, Berne avril 2019, p. 2.

² Art. 2 ch. 2 de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner

interprétée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (art. 16 al. 2 ALCP)³. Elle vise le/la conjoint·e, les descendant·e·s de moins de 21 ans ou à charge et les ascendant·e·s à charge, soit la famille traditionnelle, constituée d'un couple hétérosexuel avec enfants, et éventuellement des grands-parents⁴. Une telle interprétation est confirmée par les arrêts rendus à ce jour tant par la Cour de justice de l'UE (CJUE) que par le Tribunal fédéral qui, bien qu'ils traitent de nombreuses constellations familiales, n'ont eu à traiter que de manière très marginale de la question du droit au regroupement familial des familles arc-en-ciel.

Se pose dès lors la question de savoir si cette limitation au cercle familial traditionnel est susceptible d'être interprétée de manière évolutive. Il ne fait en effet pas de doute que les membres d'une famille arc-en-ciel ne seront pas pleinement en mesure d'exercer leur droit à la libre circulation s'ils ne peuvent pas être accompagnés par leur famille, respectivement si les liens familiaux qu'ils ont pu constituer dans leur État de résidence ne sont pas reconnus dans leur État de destination⁵. En d'autres termes, il y a lieu d'examiner si les modifications législatives qui ont abouti ou sont actuellement en cours en Suisse et dans différents États de l'UE, tant en matière de partenariat et/ou de mariage homosexuel que s'agissant des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée, à la filiation et/ou à l'adoption – conjointe ou de l'enfant du/de la partenaire/conjoint·e⁶ – sont susceptibles d'influencer la politique migratoire et, plus particulièrement, l'interprétation des notions traditionnelles de « conjoint » et de « descendants » actuellement consacrées par la réglementation en matière de regroupement familial⁷. Le droit au regroupement familial des couples de même sexe (I) et de leurs enfants (II) sera traité dans un premier temps. Il s'agira ensuite d'examiner si les parents de même sexe sont susceptibles de bénéficier du droit de séjour de leurs enfants citoyen·ne·s de l'UE dans le cadre du regroupement familial inversé (III), avant de conclure par quelques réflexions relatives à la gestation pour autrui (IV).

librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

³ ATF 136 II 5 consid. 3.4.

⁴ COURNIL, p. 1.

⁵ TRYFONIDOU, p. 9.

⁶ Ce type d'adoption sera qualifiée, ci-après, d'adoption partielle.

⁷ COURNIL, p. 1 s.

I. Regroupement familial des couples de même sexe

L'art. 3 Annexe I ALCP liste les personnes susceptibles de bénéficier du regroupement familial. Parmi elles, figure le/la conjoint·e, soit la personne avec laquelle le/la ressortissant·e de l'UE titulaire d'un droit de séjour est lié·e par les liens du mariage⁸.

Qu'en est-il des partenaires enregistré·e·s ? Bien qu'ils/elles ne soient pas expressément mentionné·e·s par cette dernière disposition, la doctrine suisse admet qu'ils/elles sont également visé·e·s⁹. En effet, dès lors que la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁰ prévoit expressément que les couples liés par un partenariat enregistré doivent bénéficier en Suisse des mêmes droits au regroupement familial que les couples mariés (art. 52 LEI), les principes de non-discrimination (art. 2 ALCP) et des dispositions plus favorables (art. 12 ALCP)¹¹ impliquent que le droit au regroupement familial prévu par l'ALCP doit bénéficier aux partenaires enregistré·e·s dans la même mesure qu'à l'égard des couples mariés¹², ce qui est également prévu expressément par la directive 2004/38 (art. 2 par. 2 let. b)¹³.

Peut-on ensuite considérer que les couples homosexuels mariés sont également visés ? À notre sens, dès lors que l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP – tout comme les art. 42 ss LEI – mentionne uniquement le « conjoint », sans exiger l'hétérosexualité du couple, et que les partenaires homosexuels sont déjà inclus dans le cercle de personnes visées par le jeu des dispositions mentionnées préalablement, nous sommes d'avis que les conjoint·e·s homosexuel·le·s doivent bénéficier d'un droit au regroupement familial au même titre que les conjoint·e·s hétérosexuel·le·s. Tel a également été l'avis de la CJUE qui a jugé que « la notion de conjoint », au sens de la directive 2004/38, « est neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné »¹⁴.

⁸ EPINEY/BLASER, p. 105, § 34.

⁹ Tel semble également être l'avis du Tribunal fédéral, qui n'a toutefois pas eu l'occasion d'examiner la question de manière approfondie, cf. TF, arrêt 2C_153/2015 du 15 mars 2016.

¹⁰ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS 142.20.

¹¹ Selon cette disposition, « Le présent accord ne préjuge pas des dispositions nationales plus favorables qui puissent exister aussi bien pour les ressortissants des parties contractantes que pour les membres de leur famille ».

¹² EPINEY/BLASER, p. 105 s. § 34.

¹³ EPINEY/BLASER, p. 106 § 34.

¹⁴ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16), § 35.

Relevons que cette interprétation risque de jouer un rôle fondamental lorsque est impliqué un État membre refusant d'institutionnaliser les relations homosexuelles¹⁵, cela à un double égard : imaginons le cas d'un couple homosexuel dont l'un·e des membres est citoyen·ne suisse voulant quitter la Suisse pour se rendre dans un État de l'Union ne consacrant aucune forme d'unions homosexuelles. L'État de destination est-il en droit de refuser une autorisation de séjour fondée sur le regroupement familial au motif qu'il ne reconnaît pas le partenariat enregistré et que le/la partenaire n'entre pas dans la liste des bénéficiaires de l'art. 3 al. 2 Annexe I ALCP ? Tel ne devrait pas être le cas au vu de la dernière jurisprudence de la CJUE. En effet, selon la Cour européenne, un État membre est contraint de reconnaître une union légalement consacrée dans l'État d'origine – en l'espèce un mariage homosexuel – « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé »¹⁶. En d'autres termes, ledit couple de partenaires devra voir son statut reconnu par l'État de destination aux fins du regroupement familial au sens de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP et obtenir un droit de séjour.

Si les couples homosexuels désirant se rendre dans un État de l'UE ne consacrant aucune forme de reconnaissance juridique aux relations homosexuelles bénéficient avantageusement du droit de l'UE, respectivement de l'ALCP, leur situation est en revanche moins favorable lorsque c'est leur État de résidence – et non de destination – qui refuse une telle institutionnalisation de leur relation : imaginons le cas d'un couple dont l'un·e des membres est citoyen·ne européen·ne désirant quitter un État de l'Union ne consacrant aucune forme d'unions homosexuelles pour se rendre en Suisse. Dans un tel cas, les membres de ce couple auront la qualité de concubin·e·s et non pas celle de conjoint·e·s au sens de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP¹⁷. Or, les États parties ont uniquement l'obligation de *favoriser* l'admission du/de la concubin·e s'il/elle se trouve à charge ou vit sous le même toit que le/la ressortissant·e de l'UE (art. 3 al. 2 par. 2 Annexe I ALCP), ce qui implique que les États ne doivent pas automatiquement leur délivrer un titre de séjour (pas de droit subjectif au regroupement familial)¹⁸, mais sont seulement contraints

¹⁵ Ce qui est le cas en Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie, <https://europa.eu/youreurope/index.htm#fr> > L'Europe est à vous > Citoyens > Famille > Couples > Unions civiles et partenariats enregistrés.

¹⁶ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16), § 46.

¹⁷ EPINEY/BLASER, p. 106 § 36.

¹⁸ SPESCHA, p. 1079 § 15.

de justifier leur décision en cas de refus¹⁹ – une analyse détaillée des circonstances personnelles des requérants s'imposant par ailleurs²⁰.

II. Regroupement familial des enfants de couples de même sexe

Les liens de filiation entre un·e enfant et ses parents de même sexe sont encore appréhendés de façon très hétérogène par les différents États membres de l'UE²¹. Comme le présente TRYFONIDOU, seule une minorité d'États reconnaissent pleinement les liens de filiation à l'égard des parents de même sexe²². La moitié des États leur donne accès à l'adoption conjointe²³ et partielle²⁴. La gestation pour autrui est, quant à elle, interdite dans la majorité des États²⁵ et la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger à la suite d'un tel procédé reste largement refusée²⁶. Dix États reconnaissent néanmoins automatiquement les deux parents²⁷. Finalement, dans douze États, les couples homosexuels ne peuvent pas être reconnus coparents²⁸ et dans la majorité des États, un·e enfant né·e d'un couple homosexuel ne voit sa filiation légalement reconnue qu'à l'égard d'un seul parent²⁹.

Un parent va logiquement renoncer à faire usage de son droit à la libre circulation s'il n'est pas certain de pouvoir être accompagné par les différents membres de sa famille, à plus forte raison par ses enfants.

¹⁹ À cet égard, leur décision devra prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 8 CEDH. Dans le même sens mais en lien avec l'art. 7 de la Charte européenne, cf. CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 73 ; arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11), § 22.

²⁰ CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 62 ; CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 73 ; arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11), § 22.

²¹ Pour une présentation générale et actuelle de la situation en Europe, cf. <https://rainbow-europe.org/>.

²² TRYFONIDOU, p. 6. Voir également BÜCHLER/PARIZER.

²³ C'est le cas en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, Espagne, Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 6.

²⁴ C'est le cas en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, Slovaquie, Espagne, Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 6.

²⁵ HERMITTE *et al.*, p. 22 ss ; BRUNET *et al.* ; REIN-LESCASTEREYRES.

²⁶ C'est le cas en Autriche, Belgique, au Danemark, en Finlande, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 7 ; WINKLER, p. 381.

²⁷ C'est le cas en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Irlande, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 7.

²⁸ C'est le cas en Bulgarie, à Chypre, en République tchèque, en Estonie, en Grèce, en Hongrie, en Italie, en Lettonie, en Lituanie, en Pologne, en Roumanie et en Slovaquie. TRYFONIDOU, p. 7.

²⁹ TRYFONIDOU, p. 7.

Comme mentionné préalablement, l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP se réfère à la notion de « descendants de moins de 21 ans ou à charge ». Cette disposition vise en premier lieu les enfants issus de familles traditionnelles, soit de parents mariés hétérosexuels dont les liens de filiation ont été établis sans difficultés. Rappelons ici que seul le statut légal compte, le lien biologique ne jouant aucun rôle³⁰. Les membres de telles familles bénéficient de l'assurance que leur décision d'exercer leur droit à la libre circulation ne risque pas d'entraîner une séparation, l'ensemble d'entre eux bénéficiant d'un droit de séjour dérivé grâce aux règles du regroupement familial³¹.

La notion de descendants étant sujette à interprétation³², la question se pose de savoir si la relation entre un·e enfant et ses parents de même sexe peut être visée, plus particulièrement si la relation entre l'enfant et son parent non-biologique fait également l'objet d'une protection³³.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux couples hétérosexuels³⁴ – qui repose sur celle de la CJUE³⁵ –, le droit au regroupement familial bénéficie non seulement aux enfants du/de la titulaire de l'autorisation de séjour, mais également à ceux/celles de son/sa conjoint·e. Aussi, le droit dérivé au séjour dépend-il non seulement du lien de filiation que l'enfant a avec le/la titulaire du droit original, mais également du lien que cet·te enfant a avec le/la conjoint·e de cet·te dernier/dernière³⁶. Le Tribunal fédéral a en effet admis que les beaux/belles-enfants du/de la ressortissant·e UE/AELE (« *Stiefkinder* »), titulaire de l'autorisation de séjour, bénéficient d'un droit dérivé, quelle que soit leur nationalité.

Dès lors que la notion de « conjoint », on l'a vu, doit être interprétée au regard des principes de non-discrimination (art. 2 ALCP) et des dispositions plus favorables (art. 12 ALCP) pour inclure le/la partenaire enregistré·e comme c'est le cas dans le régime de la LEI, les enfants du/de la partenaire doivent, à notre sens, également entrer dans le champ d'application de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP. Tel sera par ailleurs également le cas des enfants du/de la conjoint·e homosexuel·le, au vu de la jurisprudence de la CJUE³⁷.

Cette pratique est susceptible de jouer un rôle particulièrement important pour les couples de même sexe. En effet, plusieurs pays européens ne reconnaissent pas à ces

³⁰ KOFFEMAN, p. 448.

³¹ TRYFONIDOU, p. 13.

³² Voir par. 7 des conclusions de l'Avocat Général Giuseppe Tesauro dans l'affaire C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen contre Lubor Gaal*. Voir aussi STALFORD, p. 21.

³³ TRYFONIDOU, p. 14.

³⁴ ATF 136 II 65 consid. 3 ss ; TF, arrêt du 30 janvier 2019, 2C_789/2018, consid. 5.2.1.

³⁵ CJUE, arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99).

³⁶ Directives OLC, § 9.5.

³⁷ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16).

couples la possibilité d'établir leur lien de filiation à l'égard des deux parents³⁸, seul le lien de filiation à l'égard du parent biologique étant reconnu. Dans de tels cas, si le/la titulaire de l'autorisation de séjour n'a pas été en mesure d'établir un lien de filiation à l'égard de son enfant, ce sera par le biais du/de la partenaire/conjoint·e. homosexuel·le – parent juridiquement reconnu – que l'enfant pourra bénéficier du droit au regroupement familial au titre de « bel·le-enfant » du/de la titulaire de l'autorisation. Les recherches semblent d'ailleurs montrer que les États ne sont pas enclins à contester une telle pratique, dès lors qu'elle leur permet d'éviter de devoir reconnaître la relation juridique entre l'enfant et son parent non-biologique³⁹.

III. Regroupement familial inversé des parents de même sexe

Comme l'a souligné la CJUE dans son arrêt *Zhu et Chen*, « l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même lesdits droits »⁴⁰. Cette jurisprudence, suivie depuis lors par le Tribunal fédéral, a fait l'objet de différentes déclinaisons visant à permettre à un·e enfant ressortissant·e d'un État partie à l'ALCP de jouir d'un droit de séjour autonome, lequel est ensuite susceptible de faire naître des droits dérivés en faveur de son/ses parent(s). La CJUE a en effet souligné que « la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour »⁴¹.

Le Tribunal fédéral applique cette jurisprudence⁴² : il reconnaît deux types de cas dans lesquels l'enfant bénéficie d'un droit de séjour propre qui peut ensuite permettre à

³⁸ Les pays suivants admettent l'adoption par le parent de même sexe : Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie, Espagne, Suède, Royaume-Uni et Suisse. Voir ILGA-Europe (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex Association) Rainbow Europe Package : Annual Review and Rainbow Europe Map <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2018> consulté le 7 juin 2019. TRYFONIDOU, p. 6.

³⁹ TRYFONIDOU, p. 17.

⁴⁰ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02), § 20.

⁴¹ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02), § 45.

⁴² Pour un résumé de la pratique du Tribunal fédéral, cf. TF, arrêt du 13 mai 2019, 2C_870/2018, consid. 3.

son/ses parent(s) ressortissant(s) d'États tiers de bénéficiaire d'un droit dérivé au titre du regroupement familial.

Par référence à la jurisprudence de la CJUE⁴³, le Tribunal fédéral admet, d'une part, qu'un·e enfant mineur·e ressortissant·e de l'UE⁴⁴ séjournant en Suisse au titre du regroupement familial puisse, en cas d'extinction de son droit dérivé, poursuivre sa formation au sens de l'art. 3 al. 6 Annexe I à certaines conditions⁴⁵. Dans un tel cas, l'enfant mineur·e bénéficie alors d'un droit propre et son parent qui en a la garde d'un droit dérivé. Le Tribunal fédéral a, d'autre part, repris la jurisprudence européenne *Zhu et Chen*⁴⁶ pour admettre qu'un·e enfant mineur·e de l'UE bénéficie d'un droit de séjour propre au sens des art. 6 ALCP et 24 Annexe I ALCP (droit de séjour sans activité lucrative). Un tel droit suppose que son parent ressortissant d'un État tiers au bénéfice du droit de garde dispose de moyens financiers suffisants et d'une assurance-maladie pour admettre de lui reconnaître un droit de séjour dérivé⁴⁷.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le droit de séjour propre de l'enfant mineur·e ressortissant·e de l'UE joue un rôle particulièrement important en cas de séparation des parents dont l'un·e est ressortissant·e d'États tiers. Le droit autonome de l'enfant permet en effet à ce parent d'obtenir un droit de séjour dérivé en Suisse aux conditions favorables de l'ALCP. Si une telle pratique fonctionne bien à l'égard du parent hétérosexuel à l'égard duquel les liens de filiation ont en principe été déterminés sans difficultés, elle se complique en revanche si les parents sont de même sexe et que le lien de filiation n'a pas pu être établi à l'égard de l'un d'eux. Dans une telle situation, seul le parent ressortissant d'un État tiers titulaire du droit de garde – ce qui implique que le lien de filiation a préalablement été reconnu – pourra bénéficier d'un droit de séjour au titre du regroupement familial inversé. Faute de lien de filiation – et donc logiquement de droit de garde –, l'autre parent ne pourra pas se prévaloir de droit de séjour dérivé. Ce n'est qu'à la condi-

⁴³ Notamment CJUE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R* (C-413/99) ; arrêt du 23 février 2010, *Ibrahim et Secretary of State for the Home Department* (C-310/08) § 25 ; arrêt du 23 février 2010, *Teixeira* (C-480/08) § 34 ss.

⁴⁴ ATF 144 II 1 consid. 3.3. Relevons que le Tribunal fédéral exige qu'il s'agisse de l'enfant « d'un ressortissant d'une partie contractante » comme cela découle du texte de l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP.

⁴⁵ L'enfant a séjourné en Suisse au titre du droit au regroupement familial fondé sur le droit de séjour originaire de son parent, ressortissant de l'UE. L'enfant a par ailleurs débuté une formation professionnelle au moment où il a perdu son droit dérivé, formation dont on ne peut raisonnablement exiger qu'elle soit poursuivie à l'étranger, TF, arrêt du 25 mai 2005 2A.475/2004 consid. 4 ; ATF 139 II 393 consid. 4.2.2. Voir également arrêt du 11 février 2014 2C_792/2013 ; arrêt du 23 février 2014 2C_757/2013. À noter que ces conditions sont critiquées par la doctrine au regard de la jurisprudence de la CJUE, cf. EPINEY/BLASER, p. 109 s. § 44.

⁴⁶ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02).

⁴⁷ ATF 136 II 65 consid. 3.4 ; ATF 144 II 113 consid. 4.

tion que l'on admette de le qualifier de « membre de la famille », que cette dernier/ère pourra alors bénéficier de l'art. 3 al. 2 par. 2 Annexe I ALCP.

IV. Gestation pour autrui

La question du regroupement familial des couples homosexuels ayant eu recours à la gestation pour autrui (GPA) se pose essentiellement à l'égard des couples d'hommes.

Pour rappel, si ce procédé est prohibé en Suisse (art. 119 al. 2 let. d Cst. féd. et 4 LPMA), il est en revanche toléré, voire autorisé, dans plusieurs États étrangers⁴⁸. Il arrive ainsi que certains couples se rendent à l'étranger pour recourir aux services d'une gestatrice. Au regard de l'ALCP, deux constellations paraissent principalement envisageables.

Il s'agit, d'une part, des couples d'hommes ayant eu recours à la GPA, mais dont le lien de filiation n'est reconnu, dans l'État membre de l'UE dans lequel ils séjournent, qu'à l'égard du père biologique et, d'autre part, des couples d'hommes dont les liens de filiation sont reconnus, dans l'État membre de l'UE dans lequel ils séjournent, à l'égard des deux pères⁴⁹.

Qu'en est-il si ces familles font, par la suite, le choix de se rendre en Suisse ?

Rappelons tout d'abord que le Tribunal fédéral a décidé de ne reconnaître que de manière partielle les liens de filiation entre un·e enfant né·e d'une GPA pratiquée à l'étranger et ses parents. Notre Haute Cour ne reconnaît en effet que le lien de filiation à l'égard du parent biologique, l'autre parent étant renvoyé à une procédure d'adoption partielle⁵⁰.

Dans le premier cas où seul le lien de filiation à l'égard du père génétique est reconnu par l'État de résidence de ce dernier, le second père ne pourra bénéficier d'un droit au regroupement familial que s'il officialise sa relation homosexuelle (partenariat ou mariage homosexuel). En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Suisse refusera également de reconnaître son lien de filiation et ce dernier ne pourra donc

⁴⁸ Cf. HERMITTE *et al.*, p. 22 ss ; BRUNET *et al.*

⁴⁹ Il peut s'agir de couples d'hommes ayant eu recours à la GPA dans un État de l'UE admettant ce procédé ou de couples s'étant rendus dans un État tiers, par exemple aux USA, et voyant leurs liens de filiation reconnus à leur retour dans l'État de l'UE dans lequel ils séjournent.

⁵⁰ Cf. ATF 141 III 312 ; ATF 141 III 328 ; Voir également TF, arrêts du 1^{er} décembre 2016, 5A_317/2016 et 5A_324/2016. Relevons à cet égard que la Cour européenne a eu l'occasion de relever, dans le cadre d'un avis consultatif, qu'une procédure d'adoption peut suffire, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, à condition toutefois que la procédure soit suffisamment effective et rapide, CourEDH, avis consultatif du 10.4.2019 [GC] demandé par la Cour de cassation française, demande n° P16-2018-001.

pas bénéficier d'un droit dérivé du droit de présence de son enfant. Le cas est donc comparable à celui décrit ci-dessus (cf. III).

La situation est en revanche différente lorsque les pères désirant rejoindre la Suisse résident dans un État ayant légalisé le recours à la GPA ou reconnaissant les liens de filiation tant à l'égard du père biologique que du père d'intention. Dans de tels cas, l'ALCP est-il susceptible d'imposer aux autorités suisses en matière de migration la reconnaissance des deux liens de filiation aux fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé ? À notre sens, il s'impose de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE selon laquelle le fait de priver un ressortissant d'un État membre de l'UE des droits qui lui sont reconnus dans un autre État membre est susceptible de porter atteinte au droit à la libre circulation des personnes, plus particulièrement, sa jurisprudence récente visant la question de la reconnaissance des mariages homosexuels⁵¹. Pour rappel, la CJUE a jugé que « le refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conclu, lors de leur séjour effectif dans un autre État membre, conformément au droit de ce dernier État, est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen, consacré à l'article 21, paragraphe 1, TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En effet, un tel refus aura pour conséquence que ledit citoyen de l'Union pourra se voir privé de la possibilité de retourner dans l'État membre dont il est ressortissant, accompagné de son conjoint »⁵². Par analogie, nous sommes d'avis que le refus de reconnaître les liens de filiation aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé porte atteinte à la libre circulation des personnes. Reste à déterminer si une telle atteinte est susceptible de se justifier. À notre sens, il n'y a pas lieu d'admettre que la reconnaissance des doubles liens de filiation d'un·e enfant à l'égard de ses deux pères, constitue une menace de l'ordre public des États membres, à condition toutefois qu'une telle reconnaissance soit conforme, dans le cas particulier, à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE⁵³). En effet, par analogie avec l'arrêt de la Cour de justice traitant du mariage homosexuel⁵⁴, l'obligation de reconnaître les liens de filiation d'un·e enfant, tant à l'égard de son père biologique que son père d'intention « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers » ne porte pas atteinte à l'ordre public, les États n'étant contraints ni de reconnaître la portée civile des liens de filiation, ni de légaliser le recours à la GPA dans leur ordre juridique.

⁵¹ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16).

⁵² CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16), § 40.

⁵³ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107.

⁵⁴ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16), § 45.

Conclusion

L'Accord sur la libre circulation des personnes vise à permettre à l'ensemble des ressortissant·e·s d'un État partie à l'Accord d'entrer et de séjourner sur le territoire des parties contractantes (art. 1 let. a et c ALCP). En d'autres termes, il consacre un droit à la libre circulation. Un tel droit serait toutefois dénué de portée s'il n'était pas couplé à un « droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité » (art. 7 let. d ALCP). Il ne fait en effet pas de doute que les ressortissant·e·s des États parties renonceraient à faire usage de leur droit à la libre circulation s'ils/elles ne pouvaient pas être accompagné·e·s par les membres de leur famille.

Bien que la notion de famille telle qu'elle est consacrée par l'article 3 Annexe I ALCP soit fortement hétéronormée et vise la famille traditionnelle constituée des conjoints hétérosexuels et de leurs enfants, tant les articles 2 et 12 ALCP couplés à l'art. 52 LEI que la jurisprudence de la CJUE imposent, à notre sens, aux autorités migratoires suisses une interprétation évolutive permettant d'inclure les couples homosexuels liés par un partenariat ou un mariage ainsi que leurs enfants.

De manière plus globale, si les familles arc-en-ciel continuent à faire face, en Europe, à une diversité de législations civiles – que cela soit en termes d'institutionnalisation des relations homosexuelles (partenariats ou mariages homosexuels) ou d'accès à la procréation médicalement assistée, à la filiation et/ou à l'adoption⁵⁵ –, elles ne devraient pas en subir les conséquences sous l'angle de leur droit à la libre circulation. À cet égard, il y a lieu de saluer la jurisprudence de la CJUE qui impose aux États de l'UE de reconnaître les conjoint·e·s homosexuel·le·s aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un·e ressortissant·e d'un État tiers et qui devrait, à notre sens, s'appliquer dans la même mesure aux liens de filiation. Cette jurisprudence offre une protection bienvenue aux familles arc-en-ciel dont les droits sont reconnus dans leur État de résidence. L'effet protecteur de cette jurisprudence est toutefois limité aux aspects migratoires et risque de créer des disparités entre les différentes familles. Cette pratique est en effet uniquement favorable aux familles quittant un pays généreux en termes de reconnaissance juridique de leurs liens familiaux pour se rendre dans un pays dans lequel la législation et/ou la pratique sont moins favorables. La situation inverse n'est en revanche pas visée. Les familles dont les liens ne peuvent être juridiquement reconnus dans leur État de résidence continuent à être confrontées à des difficultés importantes si l'un ou l'autre de leurs membres veulent circuler au sein des États parties à l'Accord. Fort de ce constat et dans l'attente des avancées législatives nécessaires sur le plan civil, il paraîtrait souhaitable d'accorder une protection plus importante aux relations de fait, soit aux relations entre

⁵⁵ Pour une présentation générale et actuelle de la situation en Europe, cf. <https://rainbow-europe.org/>.

concubin·e·s – qu'ils/elles soient hétéro- ou homosexuel·le·s – et entre enfants et parents d'intention, cela par le biais d'une interprétation évolutive de l'article 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP ou d'une application large de l'article 3 par. 2 Annexe I ALCP.

Bibliographie

- BÜCHLER Andrea / PARIZER Karène, Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART), *Jusletter* 17 septembre 2018.
- BRUNET Laurence / CARRUTHERS Janeen / DAVAKI Konstantina / KING Derek / MARZO Claire / MCCANDLESS Julie, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament (Directorate General for Internal Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs), PE 474.403, 2013.
- COURNIL Christel, Homosexualité et migration, Droit au séjour et couple homosexuel, *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- EPINEY Astrid / BLASER Gaëtan, Commentaire de l'art. 7 ALCP, in : Amarelle/Nguyen (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. 3 : *Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne 2014.
- HERMITTE Marie-Angèle / PARIZER Karène / MATHIEU Séverine / BERGÉ Jean-Sylvestre, *Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017.
- KOFFEMAN Nelleke Renate, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Thèse, Leiden 2015.
- REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, Recent Case Law on Cross-Border Surrogacy, in : Boele-Woelki/Fuchs (édit.), *Same-Sex Relationships and Beyond : Gender Matters in the EU*, Cambridge 2017.
- SPESCHA Marc, art. 3 Annexe I ALCP, in : Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka (édit.), *Migration-srecht Kommentar*, 4^e éd., Zurich 2015.
- STALFORD Helen, Children and the European Union : Rights, Welfare and Accountability, *Modern Studies in European Law*, 2012.
- TRYFONIDOU Alina, EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families : Children of a Lesser God ?, *Yearbook of European Law* 2019.
- WINKLER Mateo M., Same-Sex Families Across Borders, in : Gallo/Paladini/Pustorino (édit.), *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin 2014.

Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l'Union européenne d'intérêt pour le droit fiscal suisse

Sommaire

	Page
Introduction	22
I. Arrêt de la Cour du 26 février 2019 C-581/17, <i>Wächtler</i> , relevant en matière d'impôt de départ transfrontalier dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes	24
A. Rappel des faits	24
B. L'imposition des réserves latentes en cas de cessation de l'activité indépendante en droit fiscal suisse : Rappel des dispositions légales pertinentes	27
C. Analyse de l'article 8 al. 4 LHID à l'aune de la jurisprudence <i>Wächtler</i>	28
II. Arrêt de la Cour C-480/17, <i>Montag</i> , Déductibilité des cotisations versées à un organisme professionnel de prévoyance et à une assurance de retraite privée	30
A. Rappel des faits	30
B. Analyse de l'arrêt <i>Montag</i> à l'aune du droit fiscal suisse en matière d'imposition à la source (exemple du canton de Genève)	33
III. Arrêt de la Cour C-74/16, <i>Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania</i> , Exonération au profit des immeubles de l'Église catholique – Aide d'État	34
A. Rappel des faits et du renvoi préjudiciel	34
B. Intérêt de l'arrêt <i>Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania</i> pour l'interprétation du droit cantonal en matière de privilèges octroyés à l'église et aux mouvements religieux reconnus par l'État	38
IV. Jugement du Tribunal T-679/16, <i>Athletic Club c. Commission</i>	39
A. Rappel des faits	39
B. Analyse de l'arrêt <i>Athletic Club c. Commission</i> dans le cadre de l'exonération des entités à but non lucratif dans le domaine sportif	42
Conclusion	44

* Avocat au barreau, Docteur en droit et BSc HEC Lausanne.

Introduction

Point n'est besoin de répéter ici que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne et qu'à ce titre, elle n'est pas directement soumise au droit de l'Union ou de la jurisprudence de la Cour de Justice. Cela étant, l'article 16 par. 2 de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) dispose que dans la mesure où l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes (actuellement : CJUE) antérieure à la date de sa signature. Cela étant, dans un arrêt de principe du 26 novembre 2015 (ATF 142 II 35), le Tribunal fédéral a toutefois rappelé que, suivant en cela sa jurisprudence constante, et dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les États membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre part, qu'il s'inspirait des arrêts rendus par la CJUE après la date de signature de l'ALCP, et ce pour autant que des motifs sérieux ne s'y opposent pas^{1 2}.

Certains développements récents viennent confirmer une tendance à une prise en considération plus importante du droit européen dans le cadre du droit suisse. En effet, depuis plusieurs années, la Suisse et l'Union européenne ont négocié un accord institutionnel dans le but de consolider et de rendre plus durable l'accès mutuel aux marchés. La signature de cet accord doit porter sur cinq accords d'accès aux marchés existants mais aussi sur de futurs accords. Après des consultations intensives avec les milieux intéressés en Suisse, le Conseil fédéral a décidé, le 7 juin 2019, de clarifier certains aspects du projet de texte. C'est dire que cette évolution juridique sera, à court ou moyen terme, de plus en plus prononcée.

En particulier, l'article 8 de l'actuel texte de l'accord prévoit, afin de garantir des conditions équivalentes du marché aux acteurs, certains principes relatifs aux aides d'État qui s'appliqueraient, en l'état actuel du texte, uniquement à l'accord sur le transport aérien

¹ ATF 142 II 35 consid. 3.1 p. 38 ; cf. ATF 140 II 112 consid. 3.2 p. 117 ; ATF 139 II 393 consid. 4.1.1 p. 397 s. ; ATF 136 II 65 consid. 3.1 p. 70 s. ; ATF 136 II 5 consid. 3.4 p. 12 s. ; arrêts 2C_375/2014 du 4 février 2015 consid. 3.3 ; 2C_470/2014 du 29 janvier 2015 consid. 3.3 ; 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.3).

² Relevons que la Jurisprudence de la Cour de Justice va dans le même sens, en considérant qu'il échet de prendre également en considération ladite jurisprudence postérieure à la signature de l'accord, et ce pour autant que celle-ci ne fait que préciser ou confirmer les principes dégagés dans la jurisprudence existante à la date de la signature de l'ALCP relative aux notions de droit de l'Union, dont cet accord s'inspire (Arrêt de la Cour C-581/17 du 26 février 2019, *Wächter*, Rec. EU:C:2019:138, point 39 ; Conclusions de Monsieur l'Avocat général Melchior Wathelet, Rec. EU:C:2018:779, points 71 et 72).

ainsi qu'aux éventuels futurs accords d'accès au marché, comme par exemple un accord sur le marché de l'électricité. Certes, en termes institutionnels, le texte actuel de l'accord prévoit un système de « surveillance à deux piliers », soit une surveillance sur chaque territoire des parties par sa propre autorité, indépendante, et dont le système doit être considéré comme équivalent par les parties.

Indépendamment des développements récents que nous venons de rappeler, nous avons défendu, dans le cadre du travail de doctorat, qu'un rapprochement des pratiques en matière de subventions fiscales, par le biais de l'analyse des aides d'État, est souhaitable. Du reste, le Conseil fédéral relevait à ce sujet dans son Message sur la politique régionale de 2006 que quand bien même la Suisse n'était ni soumise au droit matériel européen, ni aux procédures de contrôle et d'autorisation de l'Union européenne, « elle poursuit [néanmoins] une politique de rapprochement des pratiques, comme dans d'autres domaines de sa politique économique »³. Il échet en outre de relever qu'un tel rapprochement est d'autant plus souhaitable que selon certains auteurs, le droit constitutionnel actuel, et singulièrement le principe de la neutralité concurrentielle de l'État, ne sont pas suffisants pour imposer, principalement sur le plan cantonal, une discipline en matière de subventions⁴ et que ce sont seuls les accords internationaux.

Dès lors et selon la conception défendue ici, le droit européen ne doit pas constituer une menace pour le droit suisse, comme certains voudraient bien le faire entendre, mais bien plutôt une occasion de porter son regard sur son propre système, afin de l'améliorer et de le rendre, le cas échéant, plus juste.

L'occasion tombait dès lors à point nommé d'offrir au Professeur Etienne POLTIER, qui œuvra en tant qu'expert de la Faculté dans mon Jury de thèse, quelques réflexions actuelles entre le droit fiscal suisse et le droit européen, domaine et thème qui relèvent de son plus grand intérêt. La présente contribution aura donc l'ambition d'analyser, en lien avec le droit suisse, deux arrêts rendus récemment par la Cour ou le Tribunal en matière d'ALCP et de droit fiscal et la jurisprudence récente en matière d'aide d'État dans le cadre de domaines choisis.

³ Message du 16 novembre 2005 concernant la nouvelle politique régionale, FF 2005 223, 289.

⁴ OESCH Matthias, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, *PJA* 2013, pp. 1344-1345 ; Dans la même veine et en l'absence d'autres précédents que l'ATF 120 Ib 142, certains auteurs cherchent à mieux cerner le lien entre la neutralité concurrentielle de l'État et les subventions dans le droit international et singulièrement dans le droit européen des aides d'État (POLTIER Etienne, Les subventions, in : Lienhard Andreas (édit.), *Finanzrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band X, Bâle 2011, n° 37, p. 371, avec référence à HOFMANN David, *La Liberté économique suisse face au droit européen*, thèse Genève, Berne 2005, pp. 524 ss).

I. Arrêt de la Cour du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, relevant en matière d'impôt de départ transfrontalier dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes

A. Rappel des faits

Cette affaire concernait une demande préjudicielle posée à la Cour par Finanzgericht Baden-Württemberg (Tribunal des finances du Bade-Wurtemberg, Allemagne), dans le cadre d'un litige opposant M. Martin Wächtler au Finanzamt Konstanz (administration fiscale de Constance, Allemagne) au sujet de la décision de cette administration d'imposer, à l'occasion du transfert de son domicile de l'Allemagne vers la Suisse, la plus-value latente afférente aux droits sociaux qu'il détient dans une société établie en Suisse dont il était en outre le gérant.

Ainsi, le Tribunal des finances requit de la Cour qu'elle statuât sur la question de savoir si les dispositions de l'ALCP devaient être interprétées en ce sens qu'elles s'opposaient à un régime fiscal d'un État membre qui, dans une situation où un ressortissant d'un État membre, personne physique, exerçant une activité économique sur le territoire de la Confédération suisse, transfère son domicile de l'État membre dont le régime fiscal est en cause vers la Suisse, prévoit le recouvrement, au moment de ce transfert, de l'impôt dû sur les plus-values latentes afférentes à des parts sociales détenues par ce ressortissant, alors que, en cas de maintien du domicile dans le même État membre, le recouvrement de l'impôt n'a lieu qu'au moment où des plus-values sont réalisées, à savoir lors de la cession des parts sociales concernées.

M. Wächtler, ressortissant allemand, était, depuis le 1^{er} février 2008, le gérant d'une société de droit suisse, dans le cadre de laquelle il exerçait une activité dans le domaine du conseil informatique, et dont il détenait 50 % des parts sociales.

Le 1^{er} mars 2011, M. Wächtler a transféré son domicile de l'Allemagne vers la Suisse. À la suite de ce transfert, l'administration fiscale de Constance a, en application de l'article 6 de l'ASTG (« Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen », soit la loi relative à l'imposition dans les contextes internationaux), du 8 septembre 1972) et de l'article 17 de l'ESTG (« Einkommensteuergesetz », soit la loi relative à l'impôt sur le revenu) prélevé l'impôt sur le revenu au titre de la plus-value latente afférente à sa participation dans ladite société.

Estimant que cette imposition générée par le seul transfert de son domicile vers la Suisse était contraire à l'ALCP, et plus particulièrement au droit d'établissement prévu par cet

accord, M. Wächtler a formé un recours devant le Finanzgericht Baden-Württemberg (tribunal des finances du Bade-Wurtemberg, Allemagne).

Relevons en premier lieu que la Cour considéra, ainsi qu'il ressort du préambule de l'article 1^{er} et de l'article 16, paragraphe 2, de l'accord sur la libre circulation des personnes, qu'il vise à réaliser, en faveur des ressortissants de l'Union et de ceux de la Confédération suisse, la libre circulation des personnes sur les territoires des parties contractantes de cet accord en s'appuyant sur les dispositions en application dans l'Union, dont les notions doivent être interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour⁵.

Par suite, rappelle la Cour, dans certaines circonstances et en fonction des dispositions applicables, un ressortissant d'une partie contractante de l'ALCP peut invoquer les droits tirés de cet accord non seulement à l'égard de l'État vers lequel il exerce son droit à la libre circulation, mais également à l'égard de son État d'origine. Il ressort en effet que la liberté de circulation des personnes garantie par l'ALCP serait entravée dans l'hypothèse où un ressortissant d'une partie contractante subissait un désavantage dans son État d'origine pour la seule raison d'avoir exercé son droit à la libre circulation⁶.

Par suite, le principe d'égalité de traitement, prévu à l'article 15, paragraphe 2, de l'annexe I de l'ALCP, lu en combinaison avec l'article 9 de cette annexe, peut être invoqué par un travailleur indépendant relevant du champ d'application de cet accord également à l'égard de son État d'origine.

De manière générale, le principe d'égalité de traitement constituant une notion du droit de l'Union qui existait à la date de la signature de l'ALCP, il y a lieu de tenir compte des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour relative à l'égalité de traitement afin de déterminer l'existence d'une éventuelle inégalité de traitement prohibée par l'ALCP. Néanmoins, il convient également de tenir compte, en premier lieu, de l'article 21, paragraphe 2, de cet accord qui permet l'application d'un traitement différencié, en matière fiscale, aux contribuables qui ne se trouvent pas dans une situation comparable, en particulier en ce qui concerne leur lieu de résidence⁷.

Dans le cas d'espèce, les juges de Luxembourg parviennent à la conclusion qu'il existe une inégalité de traitement. En effet, un ressortissant allemand qui, comme M. Wächtler, a exercé son droit d'établissement en tant qu'indépendant au titre de l'ALCP subit un désavantage fiscal par rapport à d'autres ressortissants allemands qui, comme lui, exercent une activité indépendante dans le cadre d'une société dont ils détiennent des parts sociales, mais qui, à la différence de lui, maintiennent leur domicile en Allemagne. En

⁵ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 38.

⁶ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 53 ; arrêt du 15 décembre 2011, *Bergström*, C-257/10, EU:C:2011:839, point 28).

⁷ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 58.

effet, ces derniers ne doivent payer l'impôt sur les plus-values afférentes aux parts sociales concernées que lorsque ces plus-values sont réalisées, à savoir lors de la cession de ces parts sociales, alors qu'un ressortissant tel que M. Wächtler est tenu de payer l'impôt en cause, au moment du transfert de son domicile vers la Suisse, sur les plus-values latentes afférentes à de telles parts sociales, sans pouvoir bénéficier d'un report de paiement jusqu'à la cession desdites parts⁸.

Il découle donc de ce qui précède cette différence de traitement, qui constitue un désavantage de trésorerie pour un ressortissant allemand tel que M. Wächtler, est de nature à le dissuader de faire effectivement usage de son droit d'établissement tiré de l'ALCP. Il s'ensuit que le régime fiscal en cause au principal est susceptible d'entraver le droit d'établissement en tant qu'indépendant garanti par cet accord, dans la mesure où ces derniers, ainsi que la Cour l'admet, se trouvent dans une situation comparable (point 57). En effet, pour la Cour, qui rappelle que l'objectif de cette législation allemande, qui est d'imposer les plus-values de parts sociales qui sont nées dans le cadre de la compétence fiscale de la République fédérale d'Allemagne, la situation d'un ressortissant d'un État membre qui transfère son domicile de l'Allemagne vers la Suisse est comparable à celle d'un ressortissant d'un État membre qui maintient son domicile en Allemagne. En effet, dans les deux cas, le pouvoir d'imposer ces plus-values revient à la République fédérale d'Allemagne, ce pouvoir étant lié, en vertu de sa législation nationale, à la résidence fiscale du ressortissant concerné sur son territoire durant la période où lesdites plus-values sont nées, quel que soit le lieu où elles sont apparues⁹.

Cela étant précisé, le deuxième pan de l'analyse constitue à analyser si, lorsque des contribuables se trouvent dans une situation comparable, il découle de la jurisprudence constante de la Cour relative à la liberté de circulation garantie par le traité qu'une différence de traitement peut encore être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Encore faut-il, dans cette hypothèse, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁰.

Dans le cas d'espèce, la Cour rappelle que l'article 21, paragraphe 3, de l'ALCP prévoit qu'aucune disposition de cet accord ne fait obstacle à l'adoption, par les parties contractantes, d'une mesure destinée à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale, conformément aux dispositions de la législation fiscale nationale d'une partie contractante ou aux accords visant à éviter la double imposition liant la Confédération suisse, d'une part, et un ou plusieurs États membres, d'autre part, ou d'autres arrangements fiscaux. Dans sa jurisprudence cons-

⁸ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 56.

⁹ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 60.

¹⁰ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächtler*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 31.

tante, les Juges de Luxembourg ont considéré que de telles mesures, lesquelles correspondent à des raisons impérieuses d'intérêt général¹¹.

En l'occurrence, il y a lieu de préciser que, si la détermination du montant de l'impôt en cause au moment du transfert du domicile vers la Suisse est une mesure apte à assurer la réalisation de l'objectif relatif à la préservation de la répartition de la compétence fiscale entre cet État et la République fédérale d'Allemagne, les juges considérèrent que cet objectif ne saurait, en revanche, justifier l'impossibilité de reporter le paiement de cet impôt. En effet, un tel report n'implique pas que la République fédérale d'Allemagne renonce, au profit de la Confédération suisse, à sa compétence fiscale sur les plus-values nées durant la période d'assujettissement illimité du détenteur des parts sociales concernées à l'impôt allemand¹².

Dans le cadre de l'analyse de l'objectif relatif à l'efficacité des contrôles fiscaux, la Cour rappelle que la convention entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne visant à éviter les doubles impositions prévoit la possibilité d'échange de renseignements en matière fiscale entre ses parties contractantes, de sorte que la République fédérale d'Allemagne pourrait obtenir des autorités suisses compétentes les informations nécessaires concernant la cession, par le ressortissant concerné qui a préalablement transféré son domicile en Suisse, des parts sociales auxquelles sont inhérentes les plus-values latentes en cause. Par voie de conséquence, l'absence de possibilité de report du paiement de l'impôt en cause au principal est une mesure qui, en tout état de cause, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif¹³.

Par suite, la Cour conclut que le régime fiscal en cause au principal constitue une restriction non justifiée au droit d'établissement prévu par l'ALCP.

B. L'imposition des réserves latentes en cas de cessation de l'activité indépendante en droit fiscal suisse : Rappel des dispositions légales pertinentes

Selon l'article 8 al. 1 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts direct des cantons et des communes, le produit de l'activité lucrative indépendante comprend également tous les bénéfices en capital provenant de l'aliénation, de la réalisation, de la réévaluation comptable, du transfert dans la fortune privée ou dans une entreprise ou un établissement stable sis à l'étranger d'éléments de la fortune commerciale; en sont exclus les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou

¹¹ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächter*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 61.

¹² Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächter*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 64.

¹³ Arrêt du 26 février 2019 C-581/17, *Wächter*, Rec. ECLI:EU:C:2019:138, point 65.

sylvicoles, dans la mesure où le produit de l'aliénation est supérieur aux dépenses d'investissement. L'article 12 al. 4 LHID – relatif à l'imposition des gains immobiliers – est réservé.

L'article 8 al. 1 LHID prohibe les dispositions cantonales instituant un impôt de départ dans les relations intercantionales. Cela résulte non seulement, a contrario, de la lettre de l'article 8 al. 1 LHID, mais également de la volonté d'harmonisation fiscale du législateur d'éliminer les obstacles à l'intérieur d'un espace économique unique en Suisse telle qu'elle ressort des articles 8 al. 3 et 4 ainsi que 24 al. 2 let. b et al. 3 LHID¹⁴.

Aux termes de l'article 8 al. 4 LHID, lorsque des biens immobilisés nécessaires à l'exploitation sont remplacés, les réserves latentes de ces biens peuvent être reportées sur les biens immobilisés acquis en remploi, si ces biens sont également nécessaires à l'exploitation et se trouvent en Suisse. Il découle dès lors du texte clair de la disposition légale que le report de réserves latentes sur des éléments de fortune sis hors de Suisse est exclu¹⁵. Il échet de constater qu'une règle similaire se trouve à l'article 30 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct.

C. Analyse de l'article 8 al. 4 LHID à l'aune de la jurisprudence *Wächtler*

Partant de la prémisse qu'un contribuable suisse, exerçant en Suisse une activité lucrative indépendante, souhaite cesser son activité en Suisse afin de la transférer en Allemagne, il est clair qu'aux termes de l'article 30 LIFD et 8 al. 4 LHID que celui-ci doit s'acquitter d'un impôt de départ, sans avoir la possibilité de bénéficier du remploi. En revanche, un contribuable exerçant une activité lucrative indépendante, sise dans le Canton de Genève, et qui transfère dite activité dans le Canton du Valais peut bénéficier du remploi en franchise d'impôt, à condition que le rempli porte sur tout autre actif immobilisé nécessaire à l'exploitation¹⁶. En d'autres termes, un remploi est possible pour des machines, des

¹⁴ M. REICH / J. VON AH, in : Zweifel/Beusch (édit.), *Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden*, 3^e éd., Bâle 2017, n° 43 ad art. 8 LHID.

¹⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2016 et 2C_546/2016 du 6 avril 2017, consid. 4.2 ; Cf. également, Circulaire n° 26 du 16 décembre 2009 de l'administration fédérale des contributions – nouveautés concernant l'activité lucrative indépendante suite à l'adoption de la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II, p. 5.

¹⁶ Cf., sur la différence entre l'ancienne « théorie de l'identité » et « la théorie du réinvestissement limité », arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois FI.2016.0001 du 11 mai 2016, consid. 4a ; FF 2005 4469, p. 4553.

outils et du mobilier dans des relations intercantionales¹⁷, mais pas dans les relations internationales.

Il échet donc de vérifier, dans notre hypothèse, la conformité des articles 8 al. 4 LHID et 30 LIFD aux dispositions de l'ALCP et de la jurisprudence de la Cour susvisée.

Dans le cas d'espèce, notre contribuable se trouve dans la situation d'un ressortissant d'une partie contractante de l'ALCP, à savoir la République fédérale d'Allemagne, qui s'est établi sur le territoire d'une autre partie contractante, à savoir la Confédération suisse, pour y exercer, dans le cadre d'une société, son activité non salariée. Cette situation relève, partant, du champ d'application de l'article 12 de l'annexe I de l'ALCP. En ce qui concerne la possibilité pour un ressortissant d'une partie contractante de faire valoir les droits tirés de l'ALCP à l'égard de son État d'origine, il convient de relever que, selon une jurisprudence de la Cour qui existait déjà à la date de la signature de cet accord, le droit d'établissement, au sens du droit de l'Union, vise non seulement à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, mais également à faire obstacle aux restrictions émanant de l'État membre d'origine du ressortissant concerné.

Partant, notre contribuable suisse peut se prévaloir de l'accord sur la libre circulation des personnes, tout comme M. Wächtler, à l'encontre des autorités suisses.

En l'occurrence, il convient de constater que notre contribuable suisse, qui a exercé son droit d'établissement en tant qu'indépendant au titre de l'ALCP, subit un désavantage fiscal par rapport à d'autres ressortissants suisses qui, comme lui, exercent une activité indépendante mais qui, à la différence de lui, maintiennent leur domicile en Suisse. En effet, ces derniers ne doivent payer l'impôt sur les plus-values afférentes aux parts sociales concernées que lorsque ces plus-values sont réalisées, ou que ceux-ci puissent bénéficier du report d'impôt évoqué plus haut, alors qu'un ressortissant tel que notre contribuable est tenu de payer l'impôt en cause, sans pouvoir bénéficier d'un remploi jusqu'à la réalisation des actifs, au moment du transfert de son domicile vers l'Allemagne, sur les plus-values latentes de son activité indépendante. Ainsi que l'a jugé la Cour dans l'arrêt *Wächtler*, notre contribuable suisse subit une différence de traitement, dans le sens d'un désavantage de trésorerie. Partant, et suivant en cela la jurisprudence de la Cour, cet état de fait est de nature à le dissuader de faire effectivement usage de son droit d'établissement tiré de l'ALCP.

Cela étant dit, et ainsi que la Cour l'a jugé, la convention de double imposition entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne prévoit la possibilité d'échange de renseignements en matière fiscale entre ses parties contractantes, de sorte

¹⁷ Cf., arrêt du Tribunal fédéral 2C_545/2006 du 6 avril 2017, consid. 4.4.

que la Suisse pourrait parfaitement obtenir des autorités suisses compétentes les informations nécessaires concernant la cession, par le ressortissant concerné qui a préalablement transféré son domicile en Suisse, des parts sociales auxquelles sont inhérentes les plus-values latentes en cause. Par voie de conséquence, l'absence de possibilité de report du paiement de l'impôt en cause au principal est une mesure qui, en tout état de cause, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de conclure que les dispositions de l'ALCP doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à un régime fiscal d'un État membre qui, dans une situation où un ressortissant d'un État membre, personne physique, exerçant une activité économique sur le territoire de la Confédération suisse, transfère son domicile de l'État membre dont le régime fiscal est en cause vers l'Allemagne, prévoit le recouvrement, au moment de ce transfert, de l'impôt dû sur les plus-values latentes afférentes à des parts sociales détenues par ce ressortissant, alors que, en cas de maintien du domicile dans le même État membre, le recouvrement de l'impôt n'a lieu qu'au moment où des plus-values sont réalisées.

Partant, et dans de telles circonstances, l'article 30 LIFD et 8 al. 4 LHID pourraient s'avérer, dans notre exemple, contraire à l'ALCP.

II. Arrêt de la Cour C-480/17, *Montag*, Déductibilité des cotisations versées à un organisme professionnel de prévoyance et à une assurance de retraite privée

A. Rappel des faits

Au cours de l'année fiscale 2008, Frank Montag, de nationalité allemande, était domicilié en Belgique où il exerçait sa profession en qualité d'avocat au sein d'un cabinet international. Ce dernier tirait de son activité des revenus qui étaient attribués à différents États dans le cadre d'une procédure de fixation et de répartition. Sur le bénéfice net mondial, environ 54 % de ce bénéfice provenait d'Allemagne, environ 6,3 % de celui-ci provenait de Belgique et le reste provenait d'autres États. Au cours de l'année 2008, le contribuable a perçu, par ailleurs, d'autres revenus. Cela étant précisé, il échet de relever que ce contribuable ne peut pas être traité comme étant intégralement assujéti à l'impôt sur le revenu en Allemagne, en raison, d'une part, de la circonstance que la totalité de ses revenus n'est pas soumise à hauteur d'au moins 90 % à l'impôt sur le revenu en Allemagne.

Au cours de l'année 2008, le contribuable était inscrit en tant qu'« avocat européen » sur la liste de l'ordre français du barreau de Bruxelles (Belgique) et avait pour titre, en

Allemagne, « *Rechtsanwalt (Cologne) établi à Bruxelles* ». Pour pouvoir exercer en cette qualité, le contribuable devait être inscrit à la *Rechtsanwaltskammer Köln* et, à ce titre, devait être affilié obligatoirement au *Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen*. Au cours de l'année 2008, le contribuable a réglé à l'institution de prévoyance des avocats des cotisations d'un montant de 16 453,32 euros, représentant la cotisation maximale pouvant être versée. Ce montant se répartit entre des cotisations obligatoires, à hauteur de 12 656,40 euros, et des paiements supplémentaires effectués volontairement, à hauteur de 3796,92 euros. Par ailleurs, cet avocat a réglé en Allemagne des primes au titre d'une assurance retraite privée à hauteur de 3696 euros.

En Belgique, le contribuable a été intégralement assujéti à l'impôt sur le revenu. Selon l'état de fait au dossier, les paiements faits à l'institution de prévoyance des avocats en Allemagne n'ont pas eu pour effet de minorer l'impôt acquitté en Belgique. En revanche, dans le cadre de l'établissement de l'assiette de l'impôt en Belgique, les paiements obligatoires au régime légal de sécurité sociale belge ont pu être déduits.

Au titre de l'impôt sur le revenu pour l'année 2008, le contribuable a adressé à l'Office d'impôt de Köln une déclaration d'impôt en qualité de contribuable soumis à une obligation fiscale limitée et a demandé la déduction des cotisations versées à l'institution de prévoyance des avocats ainsi qu'à l'assureur retraite privé en Allemagne.

Dans le cadre de la détermination de l'assiette de l'impôt sur le revenu, l'administration fiscale allemande a refusé de prendre en compte lesdites cotisations pour diminuer la charge fiscale de l'impôt, au motif qu'elles se rattachaient à la catégorie des « dépenses exceptionnelles ». Or, une déduction des dépenses exceptionnelles était exclue en cas d'assujétissement limité.

En somme, dans le cadre d'une question préjudicielle posée à la Cour par le *Finanzgericht Köln*, celle-ci était requise d'examiner si l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un contribuable non-résident, assujéti, dans cet État membre, à l'impôt sur le revenu dans le cadre d'une obligation fiscale limitée, ne peut déduire de l'assiette de l'impôt sur le revenu le montant des cotisations obligatoires et complémentaires versées à un organisme professionnel de prévoyance ainsi que celui des cotisations acquittées dans le cadre d'une assurance retraite privée, alors qu'un contribuable résident, assujéti à l'impôt sur le revenu dans le cadre d'une obligation fiscale illimitée, peut déduire de telles cotisations de l'assiette de l'impôt sur le revenu, dans les limites prévues par le droit national¹⁸.

¹⁸ Arrêt de la Cour du 16 mai 2019, *Montag*, Rec. ECLI:EU:C:2019:428, points 5 à 19.

En somme, la Cour rappelle qu'un non-résident se trouve dans une situation comparable à celle d'un résident uniquement si, malgré leur qualification en droit interne de dépenses exceptionnelles, lesdites dépenses de prévoyance peuvent être considérées comme des dépenses directement liées à une activité ayant généré des revenus imposables en Allemagne. En d'autres termes et conformément à la jurisprudence constante de la Cour, présentent un lien direct avec l'activité ayant généré des revenus imposables les dépenses occasionnées par cette activité et, donc, nécessaires pour l'exercice de celle-ci¹⁹.

En l'occurrence, s'agissant, en premier lieu, des cotisations obligatoires versées à l'institution de prévoyance des avocats, il découle des pièces du dossier que le contribuable était affilié obligatoirement à cet organisme et qu'il a dû verser ces cotisations en raison de son inscription à l'ordre des avocats de Cologne.

Or, cette inscription était obligatoire afin que contribuable puisse exercer, sous le statut de Rechtsanwalt, tant en Allemagne, où il tire une partie importante de ses revenus professionnels et où il est imposé sur ces revenus à titre limité, que, conformément à l'article 3 de la directive 98/5, en Belgique, l'État membre où il est établi et où se trouve sa résidence. Par suite, la Cour considéra que les dépenses relatives aux cotisations obligatoires versées à l'institution de prévoyance des avocats ont été effectuées parce que l'inscription à l'ordre des avocats était nécessaire pour l'exercice de l'activité ayant généré des revenus imposables. Ces dépenses doivent être considérées comme ayant été occasionnées par cette activité et donc comme étant nécessaires pour l'exercice de celle-ci²⁰.

S'agissant, en deuxième lieu, des cotisations volontaires à l'institution de prévoyance des avocats, il ressort de la demande de décision préjudicielle que ces dépenses reposaient sur une décision libre du contribuable d'accroître ses droits à la retraite à proportion du montant maximal autorisé de cotisations. À cet égard, s'il est vrai que lesdites dépenses découlaient également de l'appartenance à l'ordre des avocats, elles n'étaient pas, à la différence des contributions obligatoires, rendues nécessaires par une telle appartenance. Elles n'étaient pas, par conséquent, nécessaires pour l'exercice de l'activité d'avocat en Allemagne ni pour la perception des revenus imposables en Allemagne. Par conséquent, en ce qui concerne les cotisations complémentaires à l'institution de prévoyance des avocats, la Cour dit pour droit qu'un contribuable non-résident, tel que le contribuable en cause, ne se trouvait pas dans une situation comparable à celle d'un contribuable résident²¹.

¹⁹ Arrêt de la Cour du 16 mai 2019, *Montag*, Rec. ECLI:EU:C:2019:428, points 32 à 33.

²⁰ Arrêt de la Cour du 16 mai 2019, *Montag*, Rec. ECLI:EU:C:2019:428, points 35 à 37.

²¹ Arrêt de la Cour du 16 mai 2019, *Montag*, Rec. ECLI:EU:C:2019:428, points 51 à 53.

B. Analyse de l'arrêt *Montag* à l'aune du droit fiscal suisse en matière d'imposition à la source (exemple du canton de Genève)

Le droit fiscal suisse distingue le régime ordinaire d'imposition du revenu de celui de l'imposition à la source. Ce dernier n'est applicable que dans les cas prévus par les articles 83 ainsi que 91 à 97 LIFD (art. 32 et 35 LHID). L'article 83 LIFD (art. 32 LHID) concerne les travailleurs étrangers domiciliés ou en séjour en Suisse qui ne sont pas au bénéfice d'un permis d'établissement. Ces derniers sont soumis à un assujettissement illimité au sens de l'article 3 LIFD (art. 32 al. 3 LHID). Les articles 91 à 97 LIFD (art. 35 LHID) concernent en particulier les travailleurs qui ne sont ni domiciliés ni en séjour en Suisse. Ceux-ci sont soumis à un assujettissement limité au sens de l'article 5 al. 1 let. a LIFD (art. 35 al. 1 let. a *in fine* LHID).

Les travailleurs qui, sans être domiciliés ni en séjour en Suisse, y exercent une activité lucrative dépendante pendant de courtes périodes, durant la semaine ou comme frontaliers, sont soumis à l'impôt à la source sur le revenu de leur activité, conformément aux articles 83 à 86 LIFD. L'impôt est calculé sur le revenu brut, qui comprend tous les revenus provenant d'une activité pour le compte d'autrui, y compris les revenus accessoires (art. 84 LIFD). L'Administration fédérale des contributions établit le barème des retenues d'après les taux de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et fixe, en accord avec l'autorité cantonale, les taux qui doivent être incorporés dans le barème cantonal au titre de l'impôt fédéral direct (art. 85 al. 1 et 2 LIFD). La retenue comprend par conséquent les impôts fédéral, cantonal et communal, les mêmes modalités de retenue à la source étant imposées aux cantons par les articles 2 al. 1 let. c, 32 à 34 LHID (art. 2 ss LISP). L'impôt à la source se substitue à l'impôt fédéral direct perçu selon la procédure ordinaire (art. 99 LIFD) et par conséquent aussi à l'impôt cantonal et communal perçu selon la procédure ordinaire.

D'après l'art 86 LIFD, le barème tient compte des frais professionnels (art. 26 LIFD) et des primes et cotisations d'assurances (art. 33, al. 1, let. d, f et g LIFD) sous forme de forfait, ainsi que des charges de famille du contribuable (art. 35 et 36 LIFD). D'entente avec les cantons, l'Administration fédérale des contributions règle le détail du calcul et de l'application des barèmes ainsi que du prélèvement de l'impôt à la source dans les cas spéciaux. Elle règle en particulier l'octroi individuel de déductions qui ne sont pas déjà contenues forfaitairement dans le barème, mais prévues à l'article 33 LIFD (pour les cas sans procédure de taxation ordinaire ultérieure²²).

²² Art. 2 let. e de l'ordonnance du 19 octobre 1993 sur l'imposition à la source dans le cadre de l'impôt fédéral direct ; RS 642.118.2.

Dans le canton de Genève, d'après l'article 4 du règlement d'application de la loi sur l'imposition à la source des personnes physiques et morales, sur demande du contribuable, l'Administration fiscale cantonale admet, comme déductions supplémentaires au forfait, a) les versements à une institution de prévoyance professionnelle pour le rachat d'années d'assurance et la finance d'entrée, ainsi qu'à une institution reconnue de prévoyance individuelle liée au sens et dans les limites admises par le droit fédéral et cantonal en matière de prévoyance, b) les pensions alimentaires et les contributions d'entretien et c) les frais de garde au sens et dans les limites admises par le droit cantonal. En d'autres termes, le contribuable imposé à la source à Genève peut faire valoir, en tant que déduction supplémentaire, des cotisations à un pilier 3a.

Or, et à notre sens, la déduction accordée par le Canton de Genève va au-delà des exigences de l'ALCP. En effet, à l'instar des considérations de la jurisprudence *Montag*, on doit considérer que les dépenses en lien avec le pilier 3a reposent sur une décision libre du contribuable d'accroître ses droits à la retraite à proportion. Dans cette perspective, les cotisations au pilier 3a ne sont par conséquent pas nécessaires pour l'exercice de l'activité lucrative en Suisse.

III. Arrêt de la Cour C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Exonération au profit des immeubles de l'Église catholique – Aide d'État

A. Rappel des faits et du renvoi préjudiciel

Cette affaire concernait le cas de la *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, qui est inscrite au registre des entités religieuses auprès du ministère de la Justice espagnol et bénéficie des dispositions de l'accord du 3 janvier 1979 entre le Saint-Siège et l'État espagnol. L'article IV de cet accord relatif à des sujets économiques dispose que « [l]e Saint-Siège, la Conférence épiscopale, les diocèses, paroisses et autres circonscriptions territoriales, les congrégations et ordres religieux et les instituts de vie consacrée, leurs provinces et maisons jouiront d'une exonération totale et permanente des impôts réels ou des taxes à la production, relatifs tant au revenu qu'au patrimoine ». Cela étant dit, cette exonération ne vise pas les revenus dérivés d'activités économiques ni de l'exploitation du patrimoine de l'Église quand cette exploitation a été cédée à des tiers, ni les plus-values en capital, ni les revenus faisant l'objet d'un prélèvement à la source au titre de l'impôt sur le revenu. Par suite, l'Église catholique bénéficiait d'une exonération de l'impôt local sur les constructions, les installations et les ouvrages, (ci-après : L'ICIO) s'appliquant aux seuls immeubles destinés à des fins exclusivement religieuses.

La congrégation est propriétaire d'un ensemble de bâtiments, sis à Getafe, dans l'enceinte desquels se trouve l'école « La Inmaculada » qu'elle gère. Il est également précisé qu'en l'occurrence, la congrégation exerce trois types d'activités au sein de l'école « La Inmaculada », à savoir des activités strictement religieuses, un enseignement subventionné par l'État espagnol et un enseignement libre, sans concours financier de cet État membre. En outre, cette entité fournit des services complémentaires de restauration et de transport à ses élèves.

Le 4 mars 2011, la congrégation a demandé un permis pour la transformation et l'extension du bâtiment abritant la salle de conférences de ladite école, destinée à la tenue, notamment, de réunions, de cours et de conférences, en vue de la doter de 450 places assises. Ledit permis a été accordé le 28 avril 2011, la congrégation s'étant acquittée de l'ICIO pour un montant de 23 730,41 euros. Par la suite, la congrégation a introduit une demande de remboursement de ce montant, considérant qu'elle était exonérée du paiement de cet impôt en application de l'arrêt du 5 juin 2001, qui met en œuvre l'article IV, paragraphe 1, sous B), de l'accord du 3 janvier 1979.

Cette demande a été rejetée par décision du 6 novembre 2013 de l'Órgano de Gestión Tributaria (bureau des recettes) de la municipalité, celui-ci ayant estimé que ladite exonération ne trouvait pas à s'appliquer, étant donné qu'elle était demandée pour une activité de l'Église catholique dépourvue de finalité religieuse.

La congrégation conteste cette décision, confirmée en instance de rétractation, dans le cadre du recours introduit auprès de la juridiction de renvoi, en faisant valoir que la somme versée au titre de l'ICIO n'était pas due, l'article IV, paragraphe 1, sous B), de l'accord du 3 janvier 1979 devant être interprété comme l'exonérant de cet impôt indépendamment de la destination du bien immeuble constituant l'assiette dudit impôt.

Le litige ayant été porté devant le Tribunal administratif, ce dernier s'est demandé si l'exonération de l'ICIO dont bénéficie l'Église catholique, même lorsque la destination du bien immeuble concerné par cette mesure relève de l'exercice d'une activité économique par celle-ci, pourrait constituer une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE²³.

Il ne fait nul doute que le droit de l'Union de la concurrence et, en particulier, l'interdiction énoncée à l'article 107, paragraphe 1, TFUE visent les activités des entreprises. Il s'ensuit, suivant en cela la méthodologie usitée par la Cour, qu'il convient d'examiner, en l'occurrence si la congrégation est susceptible d'être qualifiée d'« entreprise », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, puis, en second lieu, si l'exonération fiscale en cause au principal tend à accorder un avantage économique

²³ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ECLI:EU:C:2017:496, points 3 à 21

sélectif à la congrégation. Troisièmement, il convient de déterminer si cette mesure constitue une intervention de l'État espagnol ou au moyen de ressources de cet État membre et, enfin, en quatrième lieu, si ladite exonération est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de fausser ou menacer de fausser la concurrence au sein du marché intérieur²⁴.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion d'« entreprise » comprend, dans le contexte du droit de l'Union de la concurrence, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. La Cour a, sur la base de ce qui précède, dit pour droit que le caractère public ou privé de l'entité exerçant l'activité en cause ne saurait influencer sur la question de savoir si cette entité revêt, ou non, la qualité d'« entreprise » et que, pour autant que l'activité en question puisse être qualifiée d'« économique », la circonstance que celle-ci soit exercée par une communauté religieuse ne fait pas obstacle à l'application des règles du traité, dont celles qui régissent le droit de la concurrence²⁵.

S'agissant en particulier des cours dispensés par certains établissements qui font partie d'un système d'enseignement public et qui sont financés, entièrement ou principalement, par des fonds publics. En effet, en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. Dans ce contexte, il n'est pas exclu qu'un même établissement puisse exercer plusieurs activités, à la fois économiques et non économiques, à la condition qu'il tienne une comptabilité séparée en ce qui concerne les différents financements reçus, de manière à exclure tout risque de subvention « croisée » de ses activités économiques au moyen de fonds publics dont elle bénéficie au titre de ses activités non économiques²⁶.

Ainsi que cela a été évoqué plus haut, l'institution en cause exerce trois types d'activités au sein de l'école « La Inmaculada », à savoir des activités strictement religieuses, un enseignement subventionné par l'État espagnol et un enseignement libre, sans concours financier de cet État membre. En outre, cette entité fournit des services complémentaires de restauration et de transport à ses élèves.

Dans ses considérants, la Cour indiqua, en présence d'informations manquante dans le dossier de la juridiction de renvoi qui lui appartiendra de vérifier, que l'exonération

²⁴ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ELCI:EU:C:2017:496, points 39 et 40.

²⁵ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ELCI:EU:C:2017:496, points 47 à 51.

²⁶ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ELCI:EU:C:2017:496, point 51.

fiscale en cause n'est susceptible de relever de l'interdiction énoncée à l'article 107, paragraphe 1, TFUE que si, d'une part, au moins une partie des activités d'enseignement assurées par la congrégation au sein de l'école « La Inmaculada » doit être qualifiée d'« activité économique », au sens de la jurisprudence visée, et, d'autre part, la salle de conférences de cette école est affectée, à tout le moins en partie, à de telles activités économiques.

S'agissant du critère de sélectivité, la Cour dit pour droit que l'ICIO constituait un impôt normalement dû par tous les contribuables qui effectuent des travaux de construction ou de rénovation visés par cet impôt et que l'exonération en cause aurait pour effet d'alléger les charges qui grèvent le budget de la congrégation. Par conséquent, il apparaît qu'une telle exonération fiscale conférerait un avantage économique à la congrégation. Dès lors, il ne s'agit pas d'une mesure générale applicable indistinctement à tous les opérateurs économiques, mais bien d'une mesure *a priori* sélective (points 68-71).

En ce qui concerne les conditions relatives à l'incidence d'un avantage économique sur les échanges entre les États membres et à la distorsion de la concurrence qu'il est susceptible d'entraîner, il importe de rappeler que, aux fins de la qualification d'une mesure nationale d'aide d'État, il y a lieu non pas d'établir une incidence réelle de l'aide en cause sur les échanges entre les États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si cette aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence. En particulier, lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position de certaines entreprises par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes dans les échanges entre les États membres, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide. À cet égard, il n'est pas nécessaire que les entreprises bénéficiaires participent elles-mêmes aux échanges entre les États membres. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à des entreprises, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées²⁷.

Quant à la condition de la distorsion de la concurrence, il convient de souligner que les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales faussent en principe les conditions de concurrence²⁸.

²⁷ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ECLI:EU:C:2017:496, points 78 et 79.

²⁸ Arrêt du 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, Rec. ECLI:EU:C:2017:496, point 80.

B. Intérêt de l'arrêt *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* pour l'interprétation du droit cantonal en matière de privilèges octroyés à l'église et aux mouvements religieux reconnus par l'État

Il échet de constater que certains droits cantonaux prévoient des exonérations pour l'Église, notamment en matière d'impôt sur le revenu ou d'impôt foncier. Ainsi par exemple, la loi fribourgeoise concernant les rapports entre les Églises et l'État²⁹ dispose, à son article 29, que des prérogatives peuvent être accordées sur requête par le Conseil d'État à une communauté confessionnelle régie par le droit privé, si celle-ci remplit les cinq conditions suivantes: a) se réclamer d'un mouvement religieux traditionnel en Suisse ou d'importance universelle; b) être membre du Conseil œcuménique des Églises ou être présente dans le canton depuis trente ans; c) compter cent membres au moins dans le canton; d) être organisée sous la forme d'une association ayant son siège et un lieu de culte dans le canton et e) respecter les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse. Pour ces communautés confessionnelles, la prérogative donnée au gouvernement cantonal peut prendre en particulier la forme d'une exonération fiscale au sens de la loi sur les impôts cantonaux (art. 29 al. 1 let. d LEE) et les mêmes exonérations que celles dont bénéficient les Églises reconnues en matière de droits de mutation, de droits sur les gages immobiliers ainsi que de droits de succession et de donation (art. 29 al. 1 let. e LEE)³⁰.

Selon l'article 258 de la loi bernoise sur les impôts³¹, les communes peuvent percevoir une taxe immobilière sur les valeurs officielles. L'article 259 dispose que les personnes physiques et les personnes morales qui, à la fin de l'année civile, sont inscrites comme propriétaires dans le registre foncier sont assujetties à la taxe. La lettre b de l'alinéa 4 de l'article 259 précise que la taxe immobilière n'est pas perçue sur les bâtiments publics et administratifs, les églises, les synagogues et les presbytères (y compris les assises, cours et chemins) du canton, des communes et de leurs sections, des conférences régionales et des syndicats de communes, des communes bourgeoises, des paroisses et des paroisses

²⁹ RSF 190.1.

³⁰ L'article 9 al. 1 let. de la loi fribourgeoise sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers (LDMG ; RSF 635.1.1) dispose que sont exonérés du droit de mutation les transferts immobiliers aux corporations ecclésiastiques et aux personnes juridiques canoniques reconnues de droit public, dans la mesure où les immeubles sont directement et irrévocablement affectés à un but religieux, éducatif ou social. L'article 8 let. d de la loi fribourgeoise sur les successions et les donations (LISD ; RSF 635.2.1) sur les dispose que sont exonérés de l'impôt les corporations ecclésiastiques et les personnes juridiques canoniques reconnues de droit public, ainsi que les autres collectivités territoriales du canton, et leurs établissements.

³¹ RSB 661.11.

générales ainsi que des collectivités reconnues au sens de la loi sur les communautés israélites.

Dans le cas d'espèce, et à l'instar de la réglementation espagnole explicitée plus haut, certaines réglementations cantonales prévoient des privilèges à des mouvements traditionnels religieux en Suisse ou des mouvements d'importance universelle. Ainsi et à notre sens, l'arrêt rendu par la Cour dans le cadre de l'affaire *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* peut être utilisé aux fins d'interpréter, dans une optique de justice fiscale, l'étendue des exonérations prévues, en ce sens que si l'autorité fiscale constate que les mouvements religieux reconnus par l'État exercent, d'une manière ou d'une autre, des activités économiques, elles devront en tenir compte afin d'estimer au plus proche de la réalité l'étendue de l'exonération et, le cas échéant, n'octroyer qu'une exonération partielle en fonction des circonstances.

IV. Jugement du Tribunal T-679/16, *Athletic Club c. Commission*

A. Rappel des faits

Dans le cadre d'une réforme législative, le Parlement adopta l'article 19, paragraphe 1, de la loi 10/1990 sur le sport en obligeant tous les clubs sportifs professionnels espagnols à se transformer en sociétés anonymes sportives. La mise en place de la mesure se justifiait par le fait que de nombreux clubs avaient été mal gérés parce que ni les membres ni les administrateurs n'assumaient aucune responsabilité financière pour les pertes économiques qui pouvaient être générées. L'objectif était d'établir, avec la nouvelle société anonyme sportive, un modèle de responsabilité économique et juridique pour les clubs qui exercent une activité professionnelle afin d'augmenter leur capacité de bonne gestion³².

Cela étant, dite loi prévoyait également une exemption de l'obligation de conversion les clubs de football ayant réalisé des bénéfices au cours des quatre ou cinq exercices antérieurs. Selon le préambule de la loi, cette exemption est fondée sur le fait que ces clubs avaient « *fait preuve de bonne gestion sous le régime associatif* » et n'avaient pas besoin de ce changement. Ils pouvaient garder leur structure juridique de club, sauf **décision contraire de leurs organes**. Dans les faits, les seuls clubs qui répondaient à cette condition étaient l'Athletic Club Bilbao, le Club Atlético Osasuna (Navarre), le FC Barcelona et le Real Madrid CF. La loi n'indique pas expressément le nom de ces quatre clubs qui

³² Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, point 5.

ont finalement bénéficié de l'exemption. Ils ne se sont pas transformés en société anonyme sportive, alors qu'ils auraient pu le faire.

De par la loi, le traitement fiscal réservé aux clubs sportifs diffère du régime fiscal applicable aux sociétés anonymes sportives, qui sont soumises au régime général de l'impôt sur les sociétés. Les clubs sportifs sont des organismes sans but lucratif, et en tant que tels, ils bénéficient d'une exonération partielle de l'impôt sur les sociétés conformément à l'article 9, paragraphe 3, point a), de la loi espagnole relative à l'impôt sur les sociétés. En conséquence de cette exonération partielle, l'article 28, paragraphe 2, de la loi relative à l'impôt sur les sociétés dispose que les clubs exonérés, en leur qualité d'organismes sans but lucratif, acquittent l'impôt pour leurs recettes commerciales au taux réduit de 25 % au lieu du taux général actuel de 30 %. (qui était de 35 % jusqu'en 2006 et de 32,5 % en 2007)³³.

De plus, dans sa décision, la Commission considéra que lesdits clubs devaient être considérés comme des entreprises au sens de l'article 107 TFUE, nonobstant le fait qu'ils constituaient des organismes à but non lucratif. En effet, par exemple, pour la saison 2013/2014, le Real Madrid CF avait perçu des recettes de 549 millions d'euros et le FC Barcelona, de 484 millions d'euros). Ces recettes provenaient de la vente des droits audiovisuels sportifs, du parrainage, du merchandising (vente d'articles associés au club, comme des reproductions des maillots des joueurs) et l'octroi de licences, ainsi que les recettes perçues les jours de match (vente des billets et autres gains générés dans le stade). De plus, l'Athletic Club Bilbao, qui avait toujours joué en première division espagnole, participait régulièrement à des compétitions internationales, telles que la Ligue des champions. Le Club Atlético Osasuna avait également joué en première division espagnole jusqu'à la saison 2012/2013, où il était descendu en deuxième division de la Ligue de football professionnel espagnole, et avait participé occasionnellement à des compétitions européennes de clubs professionnels³⁴.

Fondée sur ce qui précède, la Commission a alors considéré que la différenciation fiscale introduit par la loi espagnole favorisait de manière sélective les quatre clubs. En conséquence, la Commission était d'avis que les quatre clubs profitaient d'un avantage sous la forme d'un taux d'imposition préférentiel qui n'était pas justifié par la nature du système fiscal. La différenciation fiscale entre ceux-ci et les autres clubs était en effet la conséquence directe de la loi espagnole no 10/1990, qui limite le nombre de bénéficiaires³⁵. De plus, la Commission considérait que les différences en matière de résultats économiques ne pouvaient pas justifier un traitement distinct en ce qui concerne la forme d'organisation obligatoire qui entraînait une imposition différenciée, et ce dans la mesure

³³ Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, points 6 à 8.

³⁴ Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, point 10.

³⁵ Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, point 13.

où les résultats des entreprises ne constituaient pas un critère objectif inhérent à la logique de l'impôt³⁶.

Enfin, la Commission considéra que si la promotion du sport pouvait être un objectif d'intérêt commun au sens de l'article 107, paragraphe 3, point c), du traité, justifiant l'aide d'État, dit objectif ne pouvait rentrer en considération puisqu'il était évident que l'aide générale au sport n'était pas un des objectifs de la mesure fiscale en question, puisqu'elle soutenait quatre clubs sportifs professionnels individuels³⁷.

Dans son arrêt du 26 février 2019, le Tribunal fit sien le raisonnement de la Commission au sujet de la sélectivité de la mesure. En effet, la jurisprudence admettait certes que certaines caractéristiques propres aux entités à but non lucratif, par analogie avec l'analyse des sociétés coopératives développée dans l'arrêt du 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.* pouvaient être de nature, le cas échéant, à justifier une mesure de différenciation entre entités à but non lucratif et sociétés commerciales. Cependant, la mesure litigieuse consistait en réalité en un resserrement, dans le secteur du sport professionnel espagnol, du champ d'application personnel du régime des entités à but non lucratif. Autrement dit, la mesure litigieuse ne consistait pas en une mesure de différenciation entre entités à but non lucratif et sociétés commerciales, mais en une mesure de différenciation, entre clubs sportifs professionnels, dans l'accès à la forme juridique d'entité à but non lucratif et au régime fiscal qui en découle³⁸. En outre, le Tribunal confirma la position, non contestée par le Club, de ce que la mesure fiscale litigieuse ne pouvait pas être justifiée par la nature ou l'économie du système dans lequel elle s'inscrivait³⁹.

Enfin, le Tribunal valida la conclusion de la Commission selon laquelle, dans la mesure où les clubs bénéficiaires du régime d'aides en cause étaient en concurrence avec d'autres clubs, nationaux et issus d'autres États membres, dans les échanges intervenant, respectivement, sur le marché de transfert des joueurs et sur le marché des droits commerciaux tirés de leur participation à des compétitions européennes, les conditions de distorsion de la concurrence et d'affectation du commerce entre États membres devaient être considérées comme remplies⁴⁰.

³⁶ Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, point 58.

³⁷ Décision de la Commission 2016/2391 du 4 juillet 2016, point 86.

³⁸ Arrêt du Tribunal T-679/16, *Athletic Club c/ Commission*, Rec. ECLI:EU:T:2019:112, points 64 et 65.

³⁹ Arrêt du Tribunal T-679/16, *Athletic Club c/ Commission*, Rec. ECLI:EU:T:2019:112, point 70.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal T-679/16, *Athletic Club c/ Commission*, Rec. ECLI:EU:T:2019:112, point 85.

B. Analyse de l'arrêt Athletic Club c. Commission dans le cadre de l'exonération des entités à but non lucratif dans le domaine sportif

Rappelons tout d'abord qu'aux termes de l'article 56 let. g LIFD, sont notamment exonérées de l'impôt « les personnes morales qui poursuivent des buts de service public ou d'utilité publique, sur le bénéfice exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts ». Cette disposition contient, comme nous l'avons évoqué, donc deux types d'exonérations : celles pour les personnes morales qui ont des buts d'utilité publique et celles qui poursuivent des buts de service public, c'est-à-dire celles qui se rapprochent à l'exécution des tâches de l'État⁴¹. Selon la jurisprudence, l'exonération d'une personne morale sur la base de la disposition précitée suppose la réalisation de trois conditions générales : a) l'exclusivité de l'utilisation des fonds, b) l'irrévocabilité de l'affectation desdits fonds et c) l'activité effective de l'institution conformément à ses statuts⁴². S'agissant de l'exonération fondée sur la poursuite de buts d'utilité publique, il est en outre exigé que la personne morale i) exerce des activités d'intérêt général (« *Allgemeininteresse* ») ii) en faveur d'un cercle ouvert de destinataires iii) et que l'exercice desdites activités soit désintéressé (« *Uneigennützigkeit* »)⁴³.

Selon la jurisprudence fédérale, l'activité ainsi exercée par la personne morale doit, pour être qualifiée d'intérêt général, « *apparaître comme digne d'être encouragée selon les conceptions générales de la population* »⁴⁴. En d'autres termes, le critère d'utilité publique en droit fiscal correspond à une favorisation du bien commun (« *Förderung der öffentlichen Wohlfahrt* ») en faveur d'un nombre indéterminé de tiers⁴⁵.

L'administration fédérale des contributions a exposé son point de vue au sujet de l'article 56 let. g dans une circulaire du 8 juillet 1994. Bien que le Tribunal fédéral ne

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.42/2007 du 11 juin 2008, consid. 2.2.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 2C_484/2015 du 10 décembre 2015, consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_143/2013 du 16 août 2013, consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_592/2008 du 2 février 2009, consid. 2.3.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_484/2015 du 10 décembre 2015, consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_251/2012 du 17 août 2012, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_592/2008 du 2 février 2009, consid. 2.3.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_162/2011 du 17 octobre 2011, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A_42/2007 du 11 juin 2008, consid. 2.2 ; Tribunal cantonal fribourgeois, in : RDAF 2012 II 569, 581, consid. 3b.

⁴⁵ RICHNER Felix / FREI Walter / KAUFMANN Stefan / MEUTER Hans Ulrich, *Handkommentar zum DBG*, Zürich 2009, n° 63 ad. art. 56, p. 702 ; RICHNER Felix / FREI Walter / KAUFMANN Stefan / MEUTER Hans Ulrich, *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, Zürich 2013, n° 65 ad. § 61, p. 857.

soit pas lié par cette circulaire, il a cependant admis qu'il pouvait s'en inspirer⁴⁶. Selon cette circulaire, les activités à caractère caritatif, humanitaire, sanitaire, écologique, éducatif, scientifique et culturel peuvent être considérées comme étant d'intérêt général au sens de l'article 56 let. g LIFD⁴⁷. De plus, selon l'Administration fédérale des contributions, « on jugera l'intérêt général d'une activité particulière selon les conceptions générales de la population. Les principes d'éthique juridique qu'on trouve dans la constitution fédérale, mais aussi dans la législation et la jurisprudence suisses, constituent d'autres points de repère très importants »⁴⁸.

Sur cette base, la doctrine précise également que sont ainsi considérées comme d'utilité publique les activités qui permettent une amélioration du bien commun dans les domaines caritatifs, de l'assistance publique, humanitaires, de l'amélioration de la santé, écologiques, la protection de la nature et des animaux, ainsi que dans les domaines scientifiques et culturels⁴⁹.

À notre sens, le parallèle le plus important à tirer en cas d'exonération hypothétique partielle ou totale à l'impôt d'un club de football suisse en lien avec l'arrêt précité du Tribunal est celui de l'absence de justification par l'intérêt commun qui consiste à promouvoir le sport, en ce sens que certains clubs nationaux, qui participent à des championnats en Suisse et/ou à l'étranger se retrouvent potentiellement sur le marché de transfert des joueurs et sur le marché des droits commerciaux, certes dans une moindre mesure que certains clubs européens.

Dès lors, il convient à notre sens d'interpréter, dans le domaine du sport, la formulation de la circulaire de l'administration fédérale qui fait état d'une « *activité particulière selon les conceptions générales de la population* » en ce sens que pour les clubs sportifs se trouvant dans un système de compétition et de championnat, et tirant potentiellement des revenus de ces compétitions, ne pourront être, à notre sens, exonérés de l'impôt en se basant sur l'intérêt général d'une activité particulière selon les conceptions générales de la population.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_484/2015 du 10 décembre 2015, consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_143/2013 du 16 août 2013, consid. 3.3 et 4.2 ; ATF 131 II 1, 11, consid. 4.1.

⁴⁷ ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 12 du 8 juillet 1994, pp. 2-3.

⁴⁸ ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS (note 47), p. 3. Cf., également LOCHER Peter, in : *Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, Teil I : Art. 49-101, Therwil/Bâle 2004, n° 86 ad. art. 56, p. 180 ; REICH Markus, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, *ASA* 58 465, pp. 492 ss.

⁴⁹ LOCHER (note 48), n° 85 ad. art. 56, p. 179 ; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (note 45), *Handkommentar zum DBG*, n° 64 ad. art. 56, p. 703 ; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (note 45), *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, n° 66 ad. § 61, p. 857 ; BLUM Beatrice, in : *Kommentar zum Aargauer Steuergesetz*, Muri/Berne 2015, n° 35 ad § 14, p. 136.

Conclusion

Certes, et en l'état actuel du droit positif, la Suisse n'a pas repris le fameux « acquis communautaire ». Cela étant, cette contribution a modestement démontré que le droit européen peut être une source d'inspiration pour que les juristes suisses réfléchissent à leur propre système, dans une perspective transnationale. Bien sûr, les arrêts explicités en matière d'ALCP s'imposent quasi naturellement à la Suisse. Mais, ceux en matière d'aide d'État, même s'ils ne sont pas directement transposables, peuvent à notre sens servir d'un rapprochement des pratiques, dans une perspective d'une amélioration de la justice fiscale.

La prétendue pyramide ou le débordement³

Sommaire

Page

Introduction	46
I. La pyramide : vision traditionnelle	46
A. La structure législative : la primauté de la loi sur le droit	46
B. L'ordre judiciaire suisse : la primauté du Tribunal fédéral	48
C. Le raisonnement juridique : la primauté de la déduction et du syllogisme	50
D. Esquisse de conclusion	51
II. Les débordements : lecture épistémologique	51
A. La structure législative : le débordement du droit sur la loi	51
B. L'ordre judiciaire : le débordement du premier juge sur le Tribunal fédéral	52
C. Le raisonnement juridique : le débordement du cas sur la loi (de l'abduction sur la déduction)	54
D. Conclusion intermédiaire	55
III. La pyramide et les débordements : les conséquences	55
A. La structure législative : le juge n'est pas la bouche de la loi	55
B. L'ordre judiciaire : la jurisprudence est rendue par la première instance	56
C. Le raisonnement juridique : il n'y a pas de syllogisme	58
D. Conclusion	59
IV. Conclusions... en réalité une ouverture : métaphores et mathématiques	59
A. La pyramide	59
B. La puissance au cube	62
Conclusion	63
Bibliographie	63

* Avocat (*counsel* chez Walder Wyss SA, Lausanne/Lugano), ancien professeur remplaçant à l'Université de Lausanne, chargé de cours à l'Université de la Suisse italienne, docteur en droit.

** Docteur en droit.

Introduction

Le récipiendaire de ces Mélanges s'était intéressé à « L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux »¹. La présente étude s'inspire de ladite contribution. Les considérations développées par le Professeur POLTIER nous ont conduits à nous pencher sur la question de l'« organisation » et « du fonctionnement » du *droit*, en partant de sa métaphore la plus connue : la pyramide². Pyramide qui permet de mettre en exergue la structure législative, l'organisation de l'ordre judiciaire, ainsi que le fonctionnement juridique. Nous avons donc trois pyramides. Cependant, ces trois pyramides présentent – à les analyser d'un point de vue épistémologique – trois débordements : du droit sur la loi, du premier juge sur le Tribunal fédéral et du cas sur la loi. *Insomma*, un débordement au cube (un débordement³).

Notre présentation se concentre ainsi sur l'approche traditionnelle de la pyramide (I), pour examiner ensuite, de manière épistémologique ladite vision (II) et en tirer les conséquences (IV). S'agissant d'une métaphore, notre contribution va illustrer aussi – brièvement – des considérations à ce sujet (IV) avant de conclure.

I. La pyramide : vision traditionnelle

La vision traditionnelle de la pyramide peut être présentée sous trois facettes : au niveau législatif, par la primauté de la loi sur le droit (A), à l'échelon judiciaire via la suprématie du Tribunal fédéral (B) et enfin selon la logique inhérente au système ainsi mis en place, à savoir la suprématie de la déduction (C). Nous en tirerons enfin des conclusions (D)³.

A. La structure législative : la primauté de la loi sur le droit

La théorie du droit kelsenienne, objective et rationnelle, à l'abri de tout « syncrétisme de méthode », vise, par « ce postulat de pureté »⁴, à assurer une connaissance du droit dé-

¹ *AJP/PJA* 2011, pp. 1018-1036.

² Sur les métaphores et le droit, cf. notamment : CERUTTI/FRIGERIO, *RDS*, pp. 449 ss.

³ Nous garderons cette structure aussi pour les chapitres II et III.

⁴ « Sans aucun esprit critique, elle [la science du droit traditionnelle] a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part. [...] La théorie pure du droit cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit. », KELSEN, pp. 1-2.

barrassée de toute pollution métaphysique⁵, soit axiologiquement neutre. Il s'ensuit une vision de l'ordre juridique hiérarchisé, linéaire et arborescent, trois caractères magistralement illustrés par la figure de la *pyramide* de KELSEN : un sommet unique, une stratification linéaire à partir de la pointe jusqu'à la base et une géométrie symétrique et harmonieuse illustrent l'articulation des normes dans des rapports de subordinations, les uns par rapport aux autres, supposés exister dans un sens unique (sans aucune forme de rétroaction) créés par une seule et unique source, point de création originel du système⁶.

Cet ordonnancement formel donne un avantage préférentiel à la loi, par opposition à la jurisprudence et à la coutume de nature éminemment pratique échappant à la rigidité du *Texte*. Dans une vision aseptisée du droit, la rationalisation de la volonté inscrite dans le texte prémunit toute contamination d'une évaluation judiciaire, périlleuse pour une conception juridique qui prend racine dans l'utopie d'une science du droit.

L'art. 1 CC épouse parfaitement cette conception des sources du droit et illustre, tant par des considérations juridiques que linguistiques, la primauté de la loi. Celle-ci figure au début de l'al. 1 – *incipit* – et elle *régit*⁷ toutes les matières. Les autres sources⁸ – coutume et droit prétorien – viennent après, *à défaut*, et elles n'ont pas de vie juridique propre⁹, mais elles sont instruments du juge. Celui-ci, en effet, *prononce* selon le droit coutumier ou – à défaut de coutume – selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Le pouvoir créateur du juge est conçu par référence au Législateur. La loi a donc la primauté. La loi dirige, gouverne, commande. Elle est, pour rester dans l'étymologie, la *reine*.

⁵ La connaissance du droit positiviste se décline en une théorie du droit soit « une analyse de la structure du droit qui, libérée de tout jugement de valeur éthico-politique, vise à être la plus exacte possible », KELSEN, p. 254.

⁶ OST/VAN DE KERCHOVE, *RIEJ*, p. 3. Le terme de pyramide est employé par KELSEN comme synonyme de hiérarchie. En effet, d'après la *Théorie pure du droit*, un système juridique « n'est pas un complexe de normes en vigueur, les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures », KELSEN, p. 266.

⁷ Régir, étymologiquement, vient du latin *regere* (*rego, rexi, rectum, regere*). D'après le Gaffiot, p. 1334, « *regere* » signifie « diriger, guider, mener » et aussi « diriger, conduire, gouverner » et encore « commander, exercer le pouvoir ».

⁸ L'art. 1 CC explicite la théorie des sources.

⁹ La loi est le sujet du verbe régir : art. 1 al. 1 CC.

B. L'ordre judiciaire suisse : la primauté du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral trône au sommet de la *pyramide* des autorités judiciaires. Les art. 188 al. 1 Cst. féd. et 1 al. 1 LTF illustre cette situation : le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire *suprême* de la Confédération¹⁰.

La LTF ne fournit aucune définition de ladite prétendue suprématie. L'art. 61 LTF précise que les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés ; tandis que les art. 95 et 105 LTF illustrent que le Tribunal fédéral, sauf établissement manifestement erroné, est lié par les faits arrêtés par l'autorité inférieure. Autrement dit, le Tribunal fédéral ne se préoccupe plus des faits. Il se concentre uniquement sur le droit.

La suprématie est d'abord liée à la force de chose jugée *immédiate*. La parole de justice devient définitive dès qu'elle est prononcée. Le passage de l'ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ)¹¹ à l'actuelle LTF concernant les effets des jugements du Tribunal fédéral peut paraître cosmétique. D'après l'art. 38 OJ les décisions du Tribunal fédéral *passaient*¹² en force de chose jugée dès qu'elles étaient prononcées, alors que l'art. 61 LTF dispose que lesdits arrêts *acquièrent*¹³ force de chose jugée le jour où ils sont prononcés. Les versions dans les différentes langues officielles divergent¹⁴.

Or, *passer* implique « un mouvement de déplacement »¹⁵ ou le fait d'« être accepté »¹⁶ ou encore « changer d'état »¹⁷. L'acception du mouvement paraît inadéquate pour le Tribunal fédéral, instance auprès de laquelle et après laquelle le jugement ne *pass*e plus aucune étape, car il est définitif dès qu'il est prononcé. L'« acceptation » ne nous semble

¹⁰ Art. 188 al. 1 Cst. féd. La terminologie allemande est différente : le Tribunal fédéral est « *die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes* » ; la version italienne est identique à celle française : « *Il Tribunale federale è l'autorità giudiziaria suprema della Confederazione* ». Cf. aussi : BRENCI, pp. 420 s.

¹¹ Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943.

¹² La teneur allemande disposait que « *Die Entscheidungen des Bundesgerichtes werden mit der Ausfällung rechtskräftig* », tandis que d'après le texte italien, « *Le sentenze del Tribunale federale acquistano forza di cosa giudicata immediatamente dopo essere state pronunciate* », avec une intéressante emphase sur l'immédiateté, qui n'est pas présente ni dans la version française ni dans celle allemande.

¹³ La version allemande prévoit une croissance : « *Entscheide des Bundesgerichts erwachsen am Tag ihrer Ausfällung in Rechtskraft* », alors que la teneur italienne reprend la formulation française de l'OJ : « *Le sentenze del Tribunale federale passano in giudicato il giorno in cui sono pronunciate* ». Sur les différentes formes linguistiques : CERUTTI, pp. 438-440.

¹⁴ Cf. les notes précédentes.

¹⁵ www.larousse.fr ad « passer » (dernière consultation le 8 avril 2019 à 20h30).

¹⁶ www.larousse.fr ad « passer » (dernière consultation le 8 avril 2019 à 20h30).

¹⁷ www.larousse.fr ad « passer » (dernière consultation le 8 avril 2019 à 20h30).

pas non plus caractéristique des arrêts du Tribunal fédéral : ils sont définitifs, point besoin d'une quelconque acceptation¹⁸. Plus pertinente nous semble-t-il la signification du changement d'état : la décision, en suspens jusqu'au Tribunal fédéral, se modifie, elle lie les parties de manière définitive. Et cela, non plus en tant que simple affaire, mais comme *chose*, désormais *jugée*. La transfiguration est complète : de récit factuel et considérants juridiques, la décision devient chose. Il y a un changement d'état¹⁹.

Acquérir dans notre contexte pourrait signifier « [p]rendre une valeur plus importante, gagner en qualité »²⁰. La décision, dès qu'elle est prononcée, prend de la valeur. Et cette valeur lui serait confiée par la position hiérarchique de l'autorité qui l'a prononcée.

En ce qui concerne l'application du droit, il y a un autre élément qui permet de circonscrire le périmètre de la suprématie : la *question juridique de principe*. Pour le Tribunal fédéral le justiciable est confronté à une telle question lorsqu'il est nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral²¹. La suprématie du Tribunal fédéral est telle, car il est appelé à fournir une interprétation *uniforme* du droit fédéral. Et ladite interprétation conduit ensuite à l'établissement d'une *jurisprudence*²².

Un dernier point mérite d'être soulevé : le Tribunal fédéral lui-même a décidé qu'une décision de renvoi prise par lui, lie lui-même et les tribunaux cantonaux²³. Ce principe – dit de l'autorité de l'arrêt de renvoi – découle du droit fédéral non écrit²⁴. Conformément à ce principe, l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée par le Tribunal fédéral est tenue de fonder sa *nouvelle* décision sur les considérants de droit *adoptés* par le Tribunal fédéral. Elle est ainsi liée par ce qui a déjà été définitivement tranché par le Tribunal fédéral et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui ou l'ont été sans succès²⁵. La motivation de l'arrêt de renvoi fixe le *cadre* du nouvel état de fait

¹⁸ Sous réserve d'un éventuel recours à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁹ Cf. aussi : CERUTTI, p. 439.

²⁰ www.larousse.fr ad « acquérir » (dernière consultation le 8 avril 2019 à 20 h 43).

²¹ ATF 135 III 397 consid. 1.2 ; 139 III 182 consid. 1.2.

²² Cf. l'art. 188 Cst féd. en allemand qui dispose que « *Das Bundesgericht ist die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes* » (cf. sur le sujet : BRENCI, p. 411). En français et italien l'adjectif employé est « judiciaire ».

²³ Cf. 143 IV 214 consid. 5.3.3 ; 135 III 334 consid. 2.1. Cf. en dernier : arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2019 du 22 mars 2019, consid. 2.1.

²⁴ Cf. 143 IV 214 consid. 5.3.3 ; 135 III 334 consid. 2.1. Cf. en dernier : arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2019 du 22 mars 2019, consid. 2.1.

²⁵ Cf. ATF 131 III 91 consid. 5.2 ; 104 IV 276 consid. 3d ; cf. aussi arrêt 6B_1033/2018 du 27 décembre 2018 consid. 2.1

que celui de la nouvelle motivation juridique²⁶. Les faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points ayant fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fondés sur une base juridique nouvelle²⁷. La *future* – nouvelle – décision cantonale est préétablie par le *passé* : l'autorité cantonale doit appliquer de manière mécanique ce qui a été tranché par le Tribunal fédéral.

C. Le raisonnement juridique : la primauté de la déduction et du syllogisme

Le mode d'inférence pouvant garantir, à suivre la pensée positiviste, la plus grande scientificité d'un raisonnement, est la *déduction*, logique qui épouse parfaitement les revendications scientifiques du positivisme : déterminisme et logique formelle alimentent les allures de logique rigoureuse rendant honneur à la quête d'objectivité de la pensée positiviste.

Il s'ensuit que les dispositions légales *s'appliquent*²⁸ au cas de manière syllogistique. Selon une voie déductive l'état de fait (le cas) est classé sous une catégorie (la loi) : la subsomption est ainsi une figure qui « participe d'une conception statique et mécanique des réalités pensées univoques, homogènes » en répondant « parfaitement aux réquisits du positivisme légaliste, fort marqué de scientisme »²⁹. Le Tribunal fédéral l'explique : « un particulier pourra invoquer [...] des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion »³⁰. Ainsi, selon une métaphysique statique et univoque du droit, la qualification se réduit à « une simple opération de classement ou de subsomption »³¹, mouvement mécanique et déductiviste dont la linéarité suit une logique syllogistique.

Dans un enchaînement *top-down*, dont la verticalité rappelle celle de la *pyramide*, syllogisme et subsomption, régissent la *présentation* du raisonnement juridique. En définitive, fruit d'une confusion entre *rigueur* et *logique formelle*, l'inférence déductive et la logique syllogistique qui pose une majeure, y subsume une mineure et conclut nécessairement à un résultat contraignant, représentent le gage, aux yeux de la science du droit, de la « validité scientifique » des raisonnements juridiques.

²⁶ ATF 135 III 334 consid. 2.

²⁷ ATF 135 III 334 consid. 2 ; arrêt 6B_256/2019 du 22 mars 2019 consid. 2.1.

²⁸ Telle la note marginale de l'art. 1 CC.

²⁹ PAPAUX, *Qualification*, p. 17.

³⁰ ATF 98 Ib 385 consid. 2a.

³¹ PAPAUX, *Qualification*, pp. 17-18.

D. Esquisse de conclusion

La *pyramide* s'érige dans un monde rationnel et mécanique où la conception du droit est celle théorisée par HOBBS, DESCARTES et MONTESQUIEU³². Il s'agit d'univers juridique binaire, organisé et décrit selon des dichotomies³³.

II. Les débordements : lecture épistémologique

L'esquisse de conclusion évoquée ci-dessus, en réalité, est insatisfaisante. Le droit est plus riche de ce qu'un strict positivisme (scientiste) voudrait nous laisser croire : le droit, relevant davantage de l'art que de la science empirique, révèle sa nature de pratique juridique. Donc le droit « déborde » la structure scientiste. Ces débordements seront l'objet des lignes que suivent, selon la structure jadis présentée.

A. La structure législative : le débordement du droit sur la loi

Sans chercher à invalider le système pyramidal, il semble désormais largement admis par la doctrine qu'il convient d'en tempérer la rigidité³⁴. Trop abstrait, voire trop simpliste, ce modèle ne peut « rendre compte à lui seul de la complexité toujours croissante de la réalité juridique »³⁵. Complexifier le modèle est inévitable pour mieux rendre compte de la réalité juridique ; ainsi la hiérarchie et la linéarité strictes cèdent la place à l'enchevêtrement, la compénétration et la discontinuité alors que l'arborescence « se dilue, dans la mesure où la multiplicité des foyers de création du droit ne peut pas tou-

³² BARRAUD, p. 23.

³³ « [Cet univers juridique était] un rigoureux système binaire d'appartenance et de non- appartenance. [...] Ami ou ennemi, national ou étranger, fait ou droit, légalité ou opportunité, public ou privé, lettre ou esprit, de lege lata ou de lege ferenda, droit naturel ou droit positif... Tout un univers juridique s'ordonnait ainsi autour d'un foisonnement de dichotomies toujours recommencées, jamais en défaut » : OST/VAN DE KERCHOVE, *Pyramide*, pp. 11-12.

³⁴ Nombreux auteurs tels que M.-F. RIGAUX, M. VIRALLY, P. AMSELEK, M. TROPER, M. DELMAS-MARTY, G. TIMSIT, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, ont longuement et brillamment discuté et exposé les faiblesses et apories du système kelsenien.

³⁵ OST/VAN DE KERCHOVE, *Pyramide*, p. 9. Selon AMSELEK « la réalité – c'est-à-dire, en l'espèce, la réglementation juridique des compétences normatrices – est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma kelsenien ne le laisse paraître ; les différentes autorités publiques tirent le principe de leur compétence normatrice de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon une échelle continue », AMSELEK, *Réflexions*, p. 13.

jours être dérivée d'un point unique et souverain »³⁶. Ainsi, face à la pratique juridique bien plus complexe et enchevêtrée que les blocs kelsenien, l'ordonnement pyramidal se révèle « trop simpliste et peu pragmatique »³⁷. Il convient de constater que le droit déborde sur la loi en révélant la stérilité d'un agencement formel, général et abstrait, par rapport à la richesse singulière du droit, praxis échappant à une standardisation mathématique.

De plus un embarras méthodologique et épistémologique pèse au cœur du système hiérarchique de KELSEN : la fiction jusnaturaliste de la *Grundnorm* postulée³⁸ au sommet de la pyramide comme norme fondamentale³⁹. La justification ultime de la pureté de la hiérarchie des normes puise sa validité dans la logique transcendante de cette « hypothèse indémontrable »⁴⁰, postulat nécessaire afin de garantir la cohérence de l'édifice : « en vigueur comme par enchantement »⁴¹. Ce paradoxe géométrique embrouille l'architecture de la pyramide en compromettant la rationalité de la solution : la pyramide kelsenienne finit par marcher sur la tête⁴².

B. L'ordre judiciaire : le débordement du premier juge sur le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral *applique* le droit, il ne s'occupe plus – sauf exception – des faits de l'affaire. La Haute Cour est liée, en principe, par l'établissement des faits opéré par l'autorité cantonale inférieure⁴³. S'occuper des faits signifie travailler sur le terrain et, métaphoriquement, être en bas. Il est tout à fait compréhensible que l'autorité judiciaire suprême ne fouille pas – sauf exception – dans le sombre.

Cette activité est réservée aux juges cantonaux, mais pas à tous. En droit civil⁴⁴, chaque partie doit énoncer de manière concrète tous les éléments de fait nécessaires pour qu'au

³⁶ Ost/van de Kerchove, *Pyramide*, p. 10.

³⁷ BARRAUD, p. 47.

³⁸ Elle ne peut pas être posée par une autorité, vu qu'il n'existe aucune norme supérieure : elle ne peut qu'être supposée. De plus, *Grund* en allemand signifie « sol », « raison » (https://en.pons.com/translate?q=Grund&l=de&in=ac_de&lf=de&qnac=Grund, dernier accès le 29 avril 2019 à 18 h 30).

³⁹ « fondamental[e] » signifie tout d'abord « qui sert de base », et ensuite « qui a un caractère essentiel, déterminant, par rapport à d'autres choses » (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fondamental/34472?q=fondamental#34419>, dernier accès le 29 avril 2019 à 18 h 33). Le choix de KELSEN est donc doublement imprécis.

⁴⁰ BARRAUD, p. 41.

⁴¹ AMSELEK, *Hiérarchie*, p. 570.

⁴² BARRAUD, p. 44.

⁴³ Art. 95 et 105 LTF.

⁴⁴ Nous ne présentons que le droit civil, car en droit public, administratif notamment, le sujet est traité dans les différentes lois cantonales. Cependant, force est de constater que la procédure administrative

stade de l'appréciation juridique, ces éléments par hypothèse admis ou prouvés, le juge saisi puisse accueillir les moyens d'action ou de défense de cette partie au regard des dispositions légales ou des principes juridiques pertinents⁴⁵.

Sous l'empire de la maxime des débats⁴⁶, la personne de l'alléguant importe peu, puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte⁴⁷. Par contre, les choses changent avec la maxime inquisitoire, qui est de deux types : sociale⁴⁸ et absolue⁴⁹. Lorsque la procédure relève de la première maxime, la responsabilité pour l'établissement des faits est partagée entre le juge et les parties⁵⁰ : le juge de première instance ne doit pas instruire d'office le litige, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à établir les faits et fournir les preuves, le cas échéant, le juge doit inviter les parties à compléter leurs moyens⁵¹. D'après la maxime inquisitoire absolue (illimitée), le juge établit les faits d'office et il peut dès lors ordonner des mesures probatoires et compléter l'état de fait qui lui a été présenté⁵².

Plus intéressantes encore sont les considérations que le Tribunal fédéral a exposées concernant l'appel. L'instance d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit⁵³. Cependant, l'art. 317 al. 1 CPC *limite* la possibilité pour les parties de faire valoir des faits nouveaux (*nova*) en procédure d'appel : les parties doivent invoquer tous les faits lors de la procédure de première instance. Le but de l'appel n'est pas de permettre aux parties de refaire un nouveau procès de manière complète, à l'image de la procédure de première instance, parce que la procédure d'appel vise avant tout à *contrôler* la décision de première instance et porte ainsi sur les éléments concrets du jugement de première instance que la partie appelante conteste⁵⁴. À noter que les conditions de

est marquée par la maxime inquisitoire (Cf. notamment : arrêt du Tribunal fédéral 2C_842/2014 du 17 février 2015, consid. 6.2.) : d'après laquelle, les autorités compétentes doivent prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits. En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en retenant qu'un fait ne peut être considéré comme établi, ne tombe ni dans l'arbitraire ni ne viole l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve (Cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 pp. 298 s. et les références citées).

⁴⁵ Cf. sur les fardeaux de l'allégation et de la contestation : ATF 144 III 519.

⁴⁶ Art. 55 al. 1 CPC.

⁴⁷ ATF 143 III 1 consid. 4.1.

⁴⁸ Art. 247 al. 2 let. a CPC.

⁴⁹ Art. 296 CPC.

⁵⁰ BOHNET/JEANNIN, pp. 241 ss.

⁵¹ ATF 141 III 569 consid. 2.3.

⁵² ATF 138 III 625 consid. 2.2.2.

⁵³ ATF 138 III 374 consid. 4.3.1.

⁵⁴ ATF 142 III 413 consid. 2.2.2.

l'article 317 al. 1 CPC sont applicables même lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire sociale⁵⁵. Par contre, lorsque le tribunal établit les faits d'office, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies⁵⁶.

Certes, le Tribunal fédéral ne se concentre que sur le droit. Cependant, recourir au Tribunal fédéral signifie – entre autres⁵⁷ – respecter des exigences de motivation⁵⁸. Le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés ; il n'étudie pas, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui⁵⁹. Cela signifie que le principe de l'application du droit d'office est en effet limité dans la procédure devant le Tribunal fédéral⁶⁰. Conséquence de son rôle hiérarchique et autopoïétique, le Tribunal fédéral ne se concentre que sur ce qui lui est soumis. Il n'examine qu'une partie uniquement de l'affaire.

C. Le raisonnement juridique : le débordement du cas sur la loi (de l'abduction sur la déduction)

La catégorisation, ou qualification, désigne le processus⁶¹ cherchant à classer, un cas « sous » une loi : « nerf du raisonnement juridique »⁶² il s'agit de l'opération qui permet le passage du particulier au général. En effet, la loi exprime un genre soit une conception générale et abstraite d'une catégorie alors que le cas représente le type singulier et concret tiré d'un réel spécifique.

Un saut qualitatif sépare donc le cas de la loi dont la commensurabilité doit être élaborée⁶³. L'inadéquation de l'inférence déductive se révèle : la qualification ne peut se faire selon les ressorts de l'univocité, soit par le biais d'une simple subsomption, participant d'une logique formelle binaire. La construction de commensurabilité entre le cas et la loi, se fait selon l'*abduction*, « mode d'inférence principal dans toute démarche de catégori-

⁵⁵ ATF 142 III 413 consid. 2.2.2.

⁵⁶ ATF 144 III 349 consid. 4.2.1.

⁵⁷ Cette contribution n'aborde pas les questions liées à la valeur litigieuse et à la notion de question juridique de principe. Sur ces derniers, cf. notamment la thèse de M. Alessandro BRENCI, citée en bibliographie.

⁵⁸ Art. 42 al. 2 LTF.

⁵⁹ ATF 142 III 364 consid. 2.4.

⁶⁰ ATF 140 III 86 consid. 2.

⁶¹ À noter que le terme « qualification » (tout comme « interprétation ») désigne simultanément le processus et le résultat de ce même processus.

⁶² RIGAUX, p. 51.

⁶³ PAPAUX, *Qualification*, « Partie I ».

sation »⁶⁴. L'*identique*, du ressort du *nécessaire*, cède la place à la *similitude*, du ressort de l'*analogie* et de la *vraisemblance*⁶⁵, en adéquation avec l'opération de qualification juridique, emprunte d'hésitation épistémologique et de tâtonnements⁶⁶. Ainsi, le *jugement d'analogie*, « une pesée respective des ressemblances et des différences »⁶⁷, se trouve au cœur de la qualification juridique.

D. Conclusion intermédiaire

En sommes, la pratique déborde sur la théorie, la complexité de la *praxis*, plus riche que la *logos* théorique ne répond pas à la linéarité voulue par la représentation pyramidale : de métaphore la pyramide devient symbole, les liens avec la réalité juridique relevant davantage du symbolique que de l'analogie.

La logique formelle à l'œuvre dans un contexte univoque nie l'élaboration de la commensurabilité entre cas et loi : une homogénéité absolue règne et le jugement est conçu « comme l'application logique d'une loi préexistante à un fait prouvé »⁶⁸. Ainsi le débordement se lie dans un « excès » de la pratique sur la théorie : la *praxis* dépasse le *logos*.

III. La pyramide et les débordements : les conséquences

A. La structure législative : le juge n'est pas la bouche de la loi

Si la déduction cède la place à l'abduction, le rôle du syllogisme ne peut qu'être restreint⁶⁹. Il s'ensuit que le juge ne peut se borner à la constatation de la subsumption. La

⁶⁴ L'abduction est une « démarche logique (au sens large) hypothétique (essai/erreur) consistant, face à un résultat (« fait ») surprenant, à inventer ou découvrir simultanément une règle et un cas, de telle sorte que si le résultat est bien un cas de la règle, alors il ne présente plus rien de surprenant : il est apprivoisé », PAPAUX, *Qualification*, « Glossaire ».

⁶⁵ PAPAUX, *Qualification*, p. 262.

⁶⁶ L'ontologie juridique sera choisie, littéralement dite par le juge (*iuris dictio*), mettant un terme à l'hésitation : la chose jugée, le fait arrêté, la preuve rapportée sont les fruits d'un jugement.

⁶⁷ RICOEUR Paul, cité par PAPAUX, *Qualification*, p. 9, *op. cit.*

⁶⁸ FRYDMAN, pp. 161 ss. L'auteur nous rappelle que « l'application d'une loi à un cas [...] n'est pas d'ordre scientifique. [Elle implique] une opération de médiation spécifique entre le général et le particulier, qui comporte une part irréductible d'incertitude », p. 171.

⁶⁹ Cf. ci-dessous, III C.

commensurabilité entre cas et loi devant être construite, il revient au juge d'évaluer, d'interpréter, soit de juger l'exercice de la loi au cas⁷⁰.

En d'autres termes, c'est l'évaluation du juge qui permet, en arrêtant la qualification juridique du fait, de franchir le saut qualitatif séparant le cas, singulier et concret, de la loi, générale et abstraite. La loi n'est plus la reine, elle devient un outil – comme un autre – de ce travail interprétatif.

Ainsi rendre justice *in casu*, soit évaluer la qualification du cas, questionne l'utopie d'un *logos* théorique à l'origine d'un « centralisme textuel propre à la tradition romano-canonique ou [...] laïcisé qui s'esquisse dans la théorie du jusnaturalisme rationnel »⁷¹. Ce n'est pas dans la loi, attracteur par sa finalité et non pas par sa structure⁷², théorie générale et abstraite, que le droit prend forme, mais par le biais de la qualification juridique, *in fine* consacrée par la décision judiciaire. Le droit est *dit* par le juge, dont le jugement en consacre, littéralement *arrête*, la dimension ontologique.

B. L'ordre judiciaire : la jurisprudence est rendue par la première instance

D'après ce que nous avons constaté auparavant, seul le premier juge a une vision *complète* du dossier. Le Tribunal fédéral – au sommet de la pyramide – a une vision *doublement* limitée de l'affaire : d'un côté, il est lié par les faits établis par les autorités précédentes et, de l'autre, il n'examine – s'il entre en matière⁷³ – que les griefs invoqués par le recourant. À savoir, il n'évalue qu'une partie seulement du cas.

Qu'en est-il alors de la « jurisprudence » qu'il est censé rendre ?

La *jurisprudence* – ensemble des décisions judiciaires⁷⁴, « *namentlich des Bundesgerichts* »⁷⁵ – figure parmi les sources – formelles au sens large – du droit, évoquée à

⁷⁰ Contrairement aux habitus de langage empruntés par les juristes, la loi n'est pas simplement appliquée au cas : elle est exercée dans le cas, PAPAUX, *Qualification*.

⁷¹ LENOBLE/OST, p. 26.

⁷² PAPAUX, *Qualification*, chap. 1.

⁷³ En 2018, sur les 8040 décisions rendues par le Tribunal fédéral, 2972 recours ont été déclarés irrecevables (= 36,96 %), 264 ont été radiées, 3630 rejetés et 1169 admis (et admis partiellement) : Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2018, p. 18 (https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/fr/BGer-BGer-GB18_f.pdf).

⁷⁴ STEINAUER, n° 104 et 436 ; GAUCH, *Gedanken*, p. 14.

⁷⁵ GAUCH, *Gedanken*, p. 14. La jurisprudence du Tribunal fédéral est devenue, après 2000, bivalente. En effet, la distinction entre les arrêts rendus accessibles sur internet et ceux publiés au recueil officiel en papier (ATF) conduit à donner plus de prestige à ces derniers : GAUCH, *RDS*, pp. 226 ss. À ce propos, cf. aussi l'ATF 134 III 534 consid. 3.2 d'après lequel sous l'angle de la responsabilité du

l'art. 1 al. 3 CC⁷⁶. Étant une source formelle au sens large⁷⁷, le juge n'a pas l'obligation de suivre la jurisprudence antérieure⁷⁸, même si elle s'impose au Tribunal fédéral lui-même et les tribunaux cantonaux la suivent, parfois en manière acritique⁷⁹. Le Tribunal fédéral se réfère régulièrement à ses propres jugements, sans pour autant manifester un respect absolu de ses précédents⁸⁰. Les revirements de jurisprudence sont possibles⁸¹. Concernant la jurisprudence cantonale, un auteur considère que les cantons autres que celui de l'autorité duquel les décisions émanent la cite – et parfois uniquement de manière sélective – alors que le Tribunal fédéral s'en inspire rarement⁸². La primauté – selon la conception suisse – est ainsi donnée à l'activité du Tribunal fédéral.

Cependant, l'origine du mot revient à une célèbre phrase d'ULPIEN : « *Iuris prudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* »⁸³. ULPIEN s'est inspiré de CICÉRON⁸⁴, ce qui conduit à proposer une traduction quelque peu différente de celle traditionnelle : « en se référant au droit⁸⁵, la prudence est l'ensemble de la connaissance de la nature des dieux et des hommes et, par conséquent, la prise de conscience du

mandataire, la publication au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral détermine, en règle générale, le moment à partir duquel un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence. GAUCH, *Gedanken*, p. 14 retient que la jurisprudence, même celle du Tribunal fédéral, qui doit être suivie est celle qui est « *bewährt[e]* », tandis que pour STEINAUER, n° 452, c'est le tribunal lui-même qui doit « déterminer si la pratique qu'il constate fait véritablement autorité ».

⁷⁶ Art 1 al. 3 CC : Il [le juge] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. Une recherche sur le site internet du Tribunal fédéral concernant les arrêts publiés aux ATF depuis 1954 avec les mots « art. 1 al. 3 CC » et « jurisprudence » donne un seul résultat (consultation du 25 avril 2019, 6 h 08) : ATF 110 II 24, qui se réfère à l'art. 1 al. 3 CC à la fin, avec la phrase « La solution adoptée s'inspire de la réglementation de l'art. 57 LCA, de l'art. 822 CC, de l'art. 804 CC, comme aussi de l'art. 24 LEX, ainsi que de la jurisprudence de l'arrêt publié aux ATF 53 II 463 ss (art. 1 al. 3 CC) ». La recherche avec les termes « Art. 1 Abs. 3 ZGB » + « *Rechtsprechung* » donne deux résultats (consultation du 25 avril 2019, 6 h 11) : ATF 125 III 277 (consid. 2a : « *Dabei ist bewährter Lehre und Rechtsprechung zu folgen (Art. 1 Abs. 3 ZGB)* ») et 129 V 345 (consid. 4.1 : « *Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 3 ZGB)* »). En italien il n'y a aucune entrée exacte concernant les deux termes recherchés (consultation du 25 avril 2019, 6 h 14).

⁷⁷ Pour GAUCH, p. 11, la jurisprudence est un « *Hilfsmittel* ».

⁷⁸ CHAPPUIS/PERRIN, p. 331. Et cela nonobstant une version plus « contraignante » en allemand (« *Es [Das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung* ») et en italien (« *Egli [il giudice] si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli* ») de l'art. 1 al. 3 CC.

⁷⁹ GAUCH, *Gedanken*, p. 14. Intéressante la citation reprise par GAUCH, *recht*, p. 95, du juge de la Cour suprême américaine JACKSON : « *We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* ».

⁸⁰ Chappuis/Perrin, p. 331.

⁸¹ CHAPPUIS/PERRIN, p. 331. Cf. en dernier : ATF 145 III 8 (du 18 septembre 2018).

⁸² GAUCH, *Gedanken*, p. 14.

⁸³ D. 1, 1, 10, 2. La définition est reprise telle quelle dans les Institutes de JUSTINIEN (I. 1, 1, 1).

⁸⁴ Cf. l'analyse détaillée de FALCONE, pp. 43 ss.

⁸⁵ Génitif de relation : FALCONE, n° 8.

juste, qui doit être recherché, et de l'injuste, qui doit être évité »⁸⁶. Dans ce passage ULPEN n'a pas voulu indiquer la science juridique, mais la vertu qui consiste à prendre en considération le juste et l'injuste, deux valeurs entre lesquels le (*iuris-*) *prudens* doit opérer un choix herméneutique⁸⁷. La *iuris prudentia* pourrait être ainsi l'art de séparer, c'est-à-dire de distinguer le droit du non-droit⁸⁸.

Compte tenu de ce que nous avons vu auparavant, la vision d'ULPIEN nous paraît mieux délimiter la notion de jurisprudence. Il s'agit d'un travail de connaissance du monde – et donc des faits –, de vérification de différentes hypothèses, fondées sur les faits – abduction – par un lecteur habilité. Toutes ces prérogatives se retrouvent chez le juge de première instance.

C. Le raisonnement juridique : il n'y a pas de syllogisme

Comme présenté ci-dessus, le raisonnement juridique ne peut se construire du *nécessaire* au *nécessaire*, selon un mouvement vertical (*top down*).

Contrairement à la pensée positiviste, il convient d'admettre que la déduction ne dispose que d'un rôle ancillaire dans « l'élaboration de la décision judiciaire et que celle-ci se fonde davantage sur une « argumentation » dont la force de conviction plus ou moins grande a pour objet de susciter l'adhésion d'un juge dont le pouvoir d'appréciation est, dans des limites variables, inévitable »⁸⁹.

Le raisonnement syllogistique ne dispose que d'une portée très limitée en droit, ce dernier ne pouvant « se réduire à un raisonnement valide »⁹⁰. En effet, subsomption et syllogisme ne font que *présenter* le raisonnement juridique sans *expliquer* comment la *catégorisation* s'opère⁹¹.

Le raisonnement juridique ne peut donc être réduit au syllogisme, volet « esthétique » destiné à la *présentation* du raisonnement juridique par opposition à l'*effectuation*. Le

⁸⁶ FALCONE, n° 8.

⁸⁷ FALCONE, n° 8. Cf. aussi : PAPAUX, *Sources*, p. 221.

⁸⁸ GUIMARÃES TABORDA, p. 161.

⁸⁹ VAN DE KERCHOVE, p. 423.

⁹⁰ MATHIEU, p. 3.

⁹¹ Il conviendrait également de dénoncer la nature tautologique de l'opération de subsomption dont le remède n'a qu'une portée théorique : « pour que le jugement énonçant la qualification résiste au vice logique d'incongruité, il faut qu'il établisse une exacte adéquation entre les concepts du sujet – la situation de vie – [le cas singulier et concret] et ceux du prédicat – l'hypothèse de la règle pertinente [la loi générale et abstraite] », RIGAUX, p. 51.

paradigme *présentation*⁹², soit la mise en forme du raisonnement sous forme de syllogisme se distingue du paradigme *effectuation*⁹³, soit « la démarche effective du juriste, tissée de tâtonnements et de choix, d'appréciations et de jugements de valeur »⁹⁴.

En définitive, le processus de qualification et d'interprétation au cœur du raisonnement juridique, ne peut être restitué par la stérilité formelle du syllogisme. La logique à l'œuvre au cours du raisonnement juridique relève de la logique indiciaire, construction selon des essais-erreurs, des hésitations et des choix (phase d'effectuation), présentée, une fois le raisonnement achevé, sous forme de syllogisme (phase présentation).

D. Conclusion

La conception du droit, prétendument science et comme telle « théologie qui s'ignore »⁹⁵, de pyramidale devient réseau, une multitude de sommets se substitue à l'unique pointe pyramidale unique et la linéarité de la structure hiérarchique devient une trame composée de différents éléments reliés par des liaisons assurant leur interconnexion et leur interaction⁹⁶.

IV. Conclusions... en réalité une ouverture : métaphores et mathématiques

La pyramide est une métaphore, et comme telle elle peut – doit – être analysée, même d'un point de vue épistémologique (A). Mais notre contribution a aussi mis en évidence un « débordement³ » : il sied donc de s'arrêter – brièvement – sur les puissances (B).

A. La pyramide

Le mot « pyramide » semble venir du grec *pûr*, feu⁹⁷. Cette étymologie paraît confirmée par les auteurs anciens. PLATON voyait dans le tétraèdre régulier (en forme de pyramide)

⁹² « Qui concerne la mise en forme a posteriori, suivant les idéaux logiciens (complétude, cohérence, clarté), souvent dans la figure du syllogisme et à fin de justification, de la démarche intellectuelle effectivement suivie. S'oppose à Effectuation », PAPAUX, *Qualification*, « Glossaire », *op. cit.*

⁹³ « Qui concerne la démarche intellectuelle réelle, concrète, effective, par opposition à la Présentation », PAPAUX, *Qualification*, « Glossaire ».

⁹⁴ PAPAUX, *Qualification*, p. 18.

⁹⁵ DUPUY, p. 97.

⁹⁶ OST/VAN DE KERCHOVE, *Pyramide*.

⁹⁷ LANG, p. 551.

le symbole du feu⁹⁸. PLUTARQUE trouve aussi une similitude entre la forme pyramidale et le feu⁹⁹. On retrouve cette même idée, au IV^e siècle après J.-C., chez AMMIEN MARCELLIN¹⁰⁰. Cependant, l'origine étymologique de « pyramide » pourrait être aussi celle de *purós*, blé, froment¹⁰¹.

Feu et blé. Le feu se développe. En haut, il ne reste plus que la pointe, qui se détache, s'en va. Le feu brûle en bas, au centre. Le feu *transfigure*¹⁰² : du bois il ne reste plus rien. Le blé, par contre, germe, bourgeonne¹⁰³. Deux origines étymologiques fort différentes, qui pourraient être prises pour expliquer la différente conception du jugement. À tort. Selon nous, les deux visions se rejoignent. Le feu – l'arrêt fédéral, au sommet – détruit, transfigure, la décision du premier juge ; mais attention, l'intervention sommitale est évanescente, le cœur du feu est le bas, le bois, les choses concrètes, l'activité du premier juge ; d'après le blé, c'est le premier juge qui fait bourgeonner un jugement du terrain, des faits, des *pragmata*.

La mythologie pourrait aussi fournir d'autres pistes de réflexion. Le feu en est étroitement lié. PROMÉTHÉE l'a volé aux dieux pour le donner aux hommes. Découvert, il a été sévèrement puni. Les *dieux* – le Tribunal fédéral – ont été les victimes du vol au profit des hommes – les juges de première instance.

Étymologie et mythologie – même si prise de manière très sommaire – semble nous conforter dans notre raisonnement. L'origine du droit vient des *pragmata*, des réalités concrètes, qui sont analysées de manière non déductive.

Nous avons aussi la géométrie. Le solide pyramidal le plus parfait est celui avec une base triangulaire : un tétraèdre régulier. Celui-ci est l'un des cinq « solides de PLATON »¹⁰⁴. Mais le constat qu'une « pyramide parfaite » est un tétraèdre a d'autres implications. Le volume – la capacité – de ladite pyramide se calcule d'après la formule $V = \sqrt{2/12}a^3$, où

⁹⁸ PLATON, *Timée*, 56b : « Admettons donc que conformément à la droite raison et conformément à l'explication vraisemblable que nous proposons, la figure solide de la pyramide est l'élément de base et le germe du feu ».

⁹⁹ « La pyramide, par ses arêtes, qui sont grêles et prolongées, et par ses angles aigus, représente l'activité du feu et le mouvement » : PLUTARQUE, *Sur les sanctuaires dont les oracles ont cessé*, 34.

¹⁰⁰ AMMIANUS MARCELLINUS, Liber XXII, 15, 28 s. (*Pyramides ad miracula septem provectae, quarum diuturnas surgendi difficultates scriptor Herodotus docet, ultra omnem omnino altitudinem, quae humana manu confici potest, erectae sunt turres, ab imo latissimae in summitates acutissimas desinentes. 29 Quae figura apud geometras ideo sic appellatur quod ad ignis speciem, τοῦ πυρός, ut nos dicimus, extenuatur in conum*).

¹⁰¹ LANG, p. 551.

¹⁰² Cf. ci-dessous après la note 13.

¹⁰³ Cf. ci-dessous vers la note 12 : les jugements sont des objets vivants.

¹⁰⁴ Les autres sont le cube, l'octaèdre, le dodécaèdre et l'icosaèdre.

« a » est la longueur d'une arête¹⁰⁵, alors qu'habituellement, le volume des autres pyramides se calcule d'après la formule $V=1/3Bh$, où « B » est l'aire de la base et « h » la hauteur de la pyramide¹⁰⁶. L'aspect intéressant – pour cette contribution – est le lien entre le volume du tétraèdre et la puissance au cube, pour taire le fait de la présence, dans une conception fondée sur la rigueur de la forme consacrée par KELSEN – comme nous l'avons montré –, d'un nombre irrationnel ($\sqrt{2}$)¹⁰⁷. La rigueur kélsenienne est tenue en échec par les mathématiques.

La pyramide a d'autres effets « mathématiques » : existent, en effets, des nombres pyramidaux, mais aussi – plus précisément – des nombres *tétraédriques*¹⁰⁸. Il s'agit de nombres qui peuvent être présentés graphiquement comme des pyramides de couches triangulaires¹⁰⁹. Les premiers nombres tétraédriques sont 1, 4, 10, 20, 35 etc.¹¹⁰.

Les nombres tétraédriques ont des particularités intéressantes : le seul nombre tétraédrique qui est, au même temps, un cube parfait est le 1. 1 est le seul nombre tétraédrique qui soit aussi un nombre pyramidal¹¹¹. Et, encore, 1 est le seul nombre tétraédrique qui est également un nombre de MERSENNE¹¹².

Concentrons-nous brièvement sur un autre nombre tétraédrique : le 10. Le 10 est important car il est la somme des premiers trois nombres premiers (2, 3 et 5), il s'agit d'un nombre triangulaire – il est la somme des premières quatre chiffres (1, 2, 3 et 4) – et il est un nombre tétraédrique – il est la somme des trois premiers nombres triangulaires (1, 3 et

¹⁰⁵ Formulaires et tables, p. 48.

¹⁰⁶ Formulaires et tables, p. 47.

¹⁰⁷ STEWART, pp. 201 ss. Cf. CERUTTI/FRIGERIO, *RDS*, pp. 472 s. pour la présence du même nombre irrationnel dans d'autres conceptions métaphoriques en droit.

¹⁰⁸ Nous allons présenter les nombres tétraédriques, car – comme nous avons vu – le tétraèdre est une pyramide avec 4 faces égales.

¹⁰⁹ ODIFREDDI, pp. 140 s.

¹¹⁰ ODIFREDDI, p. 141.

¹¹¹ BEUKERS/TOP (1988) cités in : <https://oeis.org/A000292> (dernier accès le 14 avril 2019 à 14 h 13).

¹¹² MAKOWKI, p. 20. Les nombres de MERSENNE ont la forme suivante : 2^n-1 : STEWART, p. 374. Les nombres de MERSENNE servent à découvrir grands nombres premiers : le 7 décembre 2018, le « *Great Internet Mersenne Prime Search* » a annoncé que LAROCHE et al. ont découvert le plus grand nombre premier ($2^{82\,589\,933} - 1$), qui a 24 862 048 chiffres : https://www.mersenne.org/report_milestones/ (dernier accès le 14 avril 2019 à 15 h 24). Cf. aussi : <https://primes.utm.edu/mersenne/> (dernier accès le 14 avril 2019 à 15 h 26).

6)¹¹³. Pour les pythagoriciens, le 10 – étant la somme des quatre premiers chiffres – était appelé *tetrakys*, et il était sacré¹¹⁴.

La pyramide serait ainsi un modèle irrationnel, mais symbolique. Irrationnel dans sa conception épistémologique courante, mais néanmoins sacrée, car symbole d'une simplicité pédagogique.

B. La puissance au cube

Le cube d'un numéro s'obtient en multipliant le numéro pour soi-même et le résultat ainsi obtenu pour le numéro original. Ainsi, le cube de 3 est $3 \times 3 \times 3 = 27$ ¹¹⁵. L'analyse des cubes a donné naissance à plus de 300 ans d'études et de recherches. Le tout a débuté vers 1630 avec Pierre DE FERMAT – avocat et mathématicien¹¹⁶ – qui a énoncé son théorème d'après lequel il n'existe pas de nombres entiers strictement positifs x , y et z tels que : $x^n + y^n = z^n$, dès que n est un entier strictement supérieur à 2¹¹⁷. Le théorème a été démontré en 1995 par Andrew WILES¹¹⁸.

De plus, la résolution de l'équation de troisième degré¹¹⁹ requiert l'utilisation de nombre complexes¹²⁰, à savoir nombre qui sont la somme d'une partie réelle et d'une partie imaginaire, selon la formule $a+bi$ ¹²¹.

La puissance au cube est célèbre pour un chiffre, qui est très symbolique : 153. 153 est le nombre de poissons que Jésus a pêchés lors de sa pêche miraculeuse¹²². D'un point de vue mathématique – et des puissances au cube – 153 et le nombre le plus petit parmi les quatre qui peuvent être écrits comme *somme* des cubes de ses chiffres : $1^3+5^3+3^3$

¹¹³ ODIFREDDI, pp. 221 et 224. Il y a uniquement trois autres nombres triangulaires et tétraédriques : 120, 1540 et 7140 : ODIFREDDI, p. 224 ; STEWART, p. 141.

¹¹⁴ ODIFREDDI, pp. 221 et 224 ; STEWART, pp. 139 s. Le 10 symbolisait l'union des quatre éléments (air, eau, terre et feu) ainsi que les quatre composantes de l'espace (point, ligne, plan et solide) : ODIFREDDI, pp. 221 et 224 ; STEWART, pp. 139 s.

¹¹⁵ STEWART, p. 116.

¹¹⁶ MAHONEY, p. 16.

¹¹⁷ STEWART, p. 117.

¹¹⁸ ODIFREDDI, p. 306 ; STEWART, p. 119.

¹¹⁹ De la formule : $ax^3+bx^2+cx+d=0$.

¹²⁰ ODIFREDDI, p. 122.

¹²¹ « a » et « b » sont des nombres réels, alors que i est le nombre imaginaire ($i^2=-1$, ou $i=\sqrt{-1}$) LOLLI, pp. 67 ss ; STEWART, p. 170. Cf. aussi : *Formulaires et tables*, pp. 13 s.

¹²² Évangile de JEAN, XXI, 11. La symbolique mathématique continue, car 153 est la somme aussi de $3^2 + 12^2$, à savoir 3 la trinité et 12 les apôtres : ODIFREDDI, p. 267.

(=1+125+27)¹²³. Le lien avec le *cube* est donné aussi par le fait qu'une approximation du résultat de $\sqrt[3]{x}$ est donnée par $\frac{265}{153}$ ¹²⁴.

Le *cube* de nos débordements met en évidence la *complexité* du travail juridique et judiciaire, gardant cependant la forte symbolique trinitaire – du 3 – : trois instances judiciaires, au sommet desquelles trône le Tribunal fédéral. La présence de *i* – nombre imaginaire – témoigne aussi de la créativité¹²⁵ du juge, qui est toutefois encadrée¹²⁶. Ce qui revient, encore une fois, à confirmer nos conclusions liées aux trois débordements.

Conclusion

Nous avons ouvert notre contribution en évoquant les questions de l'organisation et du fonctionnement du droit, en partant de leur métaphore la plus connue : la pyramide. Celle-ci nous a permis de mettre en exergue la structure législative, l'organisation de l'ordre judiciaire, ainsi que le fonctionnement juridique. L'analyse épistémologique, la brève présentation étymologique et le survol mathématique ont confirmé l'existence d'un débordement³ : du droit sur la loi, du premier juge sur le Tribunal fédéral et de l'abduction sur la déduction. Figure centrale, le juge de première instance qui, par la connaissance du monde – il établit les faits –, par un travail inventif, mais encadré, rend justice, ne se content pas de simplement dire le droit.

Bibliographie

AMMIANUS MARCELLINUS, *Res gestae a fine Corneli Taciti*.

AMSELEK Paul, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1978, p. 13 (cité : AMSELEK, *Réflexions*).

AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in : *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en honneur de Louis Favoreau*, Paris 2007 (cité : AMSELEK, *Hiérarchie*).

BARRAUD Boris, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris 2012.

¹²³ ODIFREDDI, pp. 267 et 340. Les autres trois numéros sont 370, 371 et 407.

¹²⁴ ODIFREDDI, p. 268.

¹²⁵ « Imaginaire » viendrait d'une affirmation de DESCARTES. Celui-ci, qui disait que parmi les solutions d'une équation il y avait les vraies et les fausses (les négatives), soutenait que parmi toutes celles que nous pourrions imaginer il y en a certaines que ne correspondent à aucune quantité : LOLLI, p. 68.

¹²⁶ LOLLI, p. 68.

- BOHNET François / JEANNIN Pascal, « La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC », *RDS* 2015 I, pp. 223 ss.
- BOHNET François, « Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel », in *Newsletter DroitMatri-monial.ch* octobre 2018.
- BRENCI Alessandro, *De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême : le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral*, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2015.
- CERUTTI Davide, « La lingua giuridica ticinese: erranze metaforiche ed epistemologiche », *RtiD* I-2018, pp. 425 ss.
- CERUTTI Davide / FRIGERIO Veronica, « Le développement durable – notion juridique aux contours multiples – à l'épreuve de l'épistémologie », *RDS* 136 (2017) I, pp. 449 ss (cités : CERUTTI/FRIGERIO, *RDS*).
- CERUTTI Davide / FRIGERIO Veronica, « Les avocats : la déontologie à l'épreuve de la plume », *Revue de l'avocat* 9/2014, pp. 388 (cités : CERUTTI/FRIGERIO, *Revue de l'avocat*).
- CHAPPUIS Christine / PERRIN Jean-François, « Le traitement des divergences de jurisprudence en droit suisse », in : Ancel/Rivier (édit.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne 2003, pp. 329 ss.
- Commission romande de mathématique, de physique et de chimie, *Formulaires et tables*, 4^e éd., Genève 1992.
- DUPUY Jean-Pierre, *La marque du sacré*, Paris 2010.
- FALCONE Giuseppe, « La « vera philosophia » dei « sacerdotes iuris ». Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1) », *AUPA* 49 (2004), pp. 43 ss.
- FRYDMAN Benoît, « La rhétorique judiciaire dans l'Antigone de Sophocle », in : Ost, *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles 2004, pp. 161 ss.
- GAUCH Peter, « Argumente », *recht* 2000, p. 95. (cité : GAUCH, *recht*).
- GAUCH Peter, « Ein regelrechter Schluss », *RDS* 128 (2009) I, pp. 226 ss (cité : GAUCH, *RDS*).
- GAUCH Peter, « Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss. Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien », in : Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (édit.), *Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, pp. 3 ss (cité : GAUCH, *Gedanken*).
- GUIMARÃES TABORDA Maren, « La jurisprudence classique romaine et la construction d'un droit des affaires fondés sur la fides », *RIDA* 48 (2001), pp. 151 ss.
- HOFMANN David / LÜSCHER Christian, *Le Code de procédure civile*, 2^e éd., Berne 2015.
- JAQUEMOUD-ROSSARI Laura, « Les voies de recours. L'appel et le recours limité au droit selon le CPC », in : Foëx/Jeandin (édit.), *Le Code de procédure civile. Aspects choisis*, Genève 2011, pp. 111 ss.
- KELSEN HANS, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris 1962.
- LANG Karl, « Die Etymologie des Wortes « Pyramide », *Anthropos* 18/19 (1923-1924), pp. 551 ss.
- LENOBLE Jacques / OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles 1980.
- LOLLI Gabriele, *Numeri. La creazione continua della matematica*, Turin 2015.

- MAKOWSKI A., « Remarks on triangular and tetrahedral numbers », *Bollettino dell'Unione Matematica Italiana*, Serie 3, Vol. 17 (1962), n. 1, pp. 20–21.
- MATHIEU Marie-Laure, *Logique et raisonnement juridique*, Paris 2015.
- ODIFREDDI Piergiorgio, *Il museo dei numeri. Da zero verso l'infinito, storie dal mondo della matematica*, Milan 2014.
- OST François / VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002 (cités : OST/VAN DE KERCHOVE, *Pyramide*).
- OST François / VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ* 2004, pp. 3 ss (cités : OST/VAN DE KERCHOVE, *RIEJ*).
- STEWART Ian, *Numeri incredibili*, Turin 2016.
- MAHONEY Michael Sean, *The Mathematical Career of Pierre de Fermat, 1601-1665*, 2^e éd., Princeton 1994.
- PAPPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction*, thèse, Lausanne, 2002 (cité : PAPPAUX, *Qualification*).
- PAPPAUX Alain, « Aux sources du droit : l'autorité et la ruse », *RIEJ* 70 (2013), pp. 207 ss (cité : PAPPAUX, *Sources*).
- PLATON, « Timée », in : *Œuvres complètes*, sous la direction de L. Brisson, Paris 2011.
- PLUTARQUE, *Sur les sanctuaires dont les oracles ont cessé*.
- POLTIER Etienne, « L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux », in *AJP/PJA* 2011, pp. 1018 ss.
- RIGAUX François, *La loi des juges*, Paris 1997.
- STEINAUER Paul-Henri, *Titre préliminaire du Code civil*, Traité de droit privé suisse II/1, Bâle 2009.
- VAN DE KERCHOVE Michel, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société* 2013/2, pp. 411 ss.
- ZEITER Lionel, *La distinction entre le fait et le droit dans le recours de droit administratif*, Lausanne 2005.

The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies

Table of contents

	Page
Introduction	68
I. Beneficial ownership as a response to conduit companies cases in pre-BEPS treaty policy	73
A. Conduit companies cases and improper use of DTAs	73
B. Delineation between conduit companies cases and other forms of treaty abuse	77
C. Relation between beneficial ownership and conduit companies cases	78
D. Nature of beneficial ownership	79
E. Meaning of beneficial ownership	81
1. Some preliminary considerations under art. 31 VCLT	82
2. Meaning under the OECD commentaries: the main milestones	84
a) The 1977 Commentary	84
b) The 1986 Conduit Report and 2003 Commentary	86
c) The 2014 Commentary	87
3. Comparative analysis under Swiss and international tax treaty case law	89
a) Substance over form approach under Swiss case law	90
b) Substance over form approach under foreign case law	93
c) Legal interpretation: the Canadian <i>Prévost</i> and <i>Velcro</i> cases	96
4. Meaning of beneficial ownership in the CJEU judgments on directive shopping	102
5. Debate on legal versus substance-oriented interpretation	103
6. Reconciling common denominator: legal substance	105
F. Relation between beneficial ownership and abuse of rights	107
1. Neglecting beneficial ownership for a prohibition of abuse analysis	108
a) General Observations	108
b) The Swiss <i>A Holding ApS</i> case	111

* Professor of Law at the University of Lausanne; Chairman of the Permanent Scientific Committee of the International Fiscal Association (IFA).

c)	Comparison with the CJEU judgments on directive shopping	115
2.	Building the notion of abuse rights into beneficial ownership	118
G.	What if the beneficial owner is in a Contracting State?	120
1.	From the perspective of the beneficial ownership limitation	120
2.	From the perspective of an abuse of rights doctrine	123
II.	Beneficial ownership as a response to conduit companies cases after BEPS	126
A.	Beneficial ownership and the new preamble to the OECD MC	127
B.	Beneficial ownership and the PPT	129
C.	The PPT and beneficial ownership	130
D.	Can beneficial ownership and the PPT lead to different results?	132
	Bibliography	133

Introduction

The problem of improper use of double taxation conventions (DTAs) involving conduit companies has been identified by the work of the OECD and the UN at a rather early stage of tax treaty policy. In Switzerland, this problem has traditionally captured serious attention, in particular with respect to outbound dividends distributed by Swiss companies to non-residents¹ which, absent limitations imposed by DTAs, may be subject to a 35 % withholding tax. In fact, Switzerland's policy in this area dates back from 1962 when an Anti-Abuse Decree was adopted to protect the country's partners from treaty shopping situations. In essence, the decree states that a tax treaty relief is claimed abusively where, in effect, such relief accrues to persons not entitled to the benefits of the applicable DTA². Interestingly, the Swiss Supreme Court upheld the constitutionality of this Decree for two main reasons. First, the Decree was regarded as being directly rooted in DTAs concluded by Switzerland. Secondly, and from a substantive standpoint, the Federal Tribunal considered that the prevention of treaty shopping was an inherent expectation of Switzerland's treaty partners in line with the object and purpose of DTAs³. The principles introduced by the Decree were indeed accepted at the time by all treaty partners of Switzerland⁴ and may be regarded as illustrating an inherent prohibition of abuse flowing from a proper interpretation of DTAs⁵. In fact, the reasoning followed by this judgment was upheld more than 35 years later when in the famous *A Holding ApS*

¹ Art. 4 of the Swiss Federal Withholding Tax Law of 13 October 1965 (RS 642.21).

² Art. 2 1962 Anti-Abuse Decree.

³ Federal Tribunal decision of 22 November 1968, in: ATF/ 94 I 659.

⁴ GANI, *Limitation des bénéfices*, p. 42-43.

⁵ See 2011 UN Commentary, para. 53 ad art. 1.

case⁶, the Federal Tribunal confirmed formally in 2005 that DTAs were subject to an inherent anti-abuse rule rooted in their proper interpretation in good faith pursuant to the customary rules embodied in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)⁷.

From a policy perspective, tax treaty abuse is considered as inappropriate for two main reasons. First, tax treaty benefits negotiated between the contracting states are extended to persons resident in a third country in a way unintended by these jurisdictions.⁸ A bilateral international agreement thus becomes *de facto* a treaty with the world.⁹ As a result, the principle of reciprocity is breached and the balance of the DTA disturbed. Second, the state of residence of the ultimate income beneficiary has little incentive to enter into a tax treaty with the source country, because its residents can indirectly receive tax treaty benefits from the source state without the need for the country of residence to provide reciprocal benefits.¹⁰

In 1977, a dedicated section relating to the improper use of DTAs was finally included in the OECD Commentary to art. 1 OECD MC. In the 1977 OECD MC itself, a beneficial ownership limitation was included in the dividends,¹¹ interest¹² and royalties¹³ articles. Technically, this limitation operates as a condition in order to limit the taxing right of the state of source to the relevant treaty rate on these items. For example, art. 10(2) OECD MC (dividends) provides that: “*dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed*”.¹⁴ In Switzerland, like in other jurisdictions, the beneficial ownership gradually became a key response to treaty shopping situations involving interposed conduit companies¹⁵. This being said, the systematic insertion of beneficial ownership in the dividends, interest and royalties articles of the OECD MC makes it unclear as to whether this requirement is a mere condition to access tax treaty benefits or a specific anti-anti avoidance rule.

⁶ A Holding ApS v Federal Tax Administration, 8 ITLR 536.

⁷ Art. 26 and 31 VCLT.

⁸ OECD, Conduit Report, N 7.

⁹ DOERNBERG/VAN RAAD, p. 172.

¹⁰ OECD, Conduit Report, N 7.

¹¹ Art. 10(2) OECD MC.

¹² Art. 11(2) OECD MC.

¹³ Art. 12 OECD MC.

¹⁴ See also art. 11(2) (interest) OECD MC: “However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation”.

¹⁵ See below I/E/3.

Further, over the years, what, in essence, constitutes a conduit company remained controversial, particularly for multinational groups organizing their operations through a holding, licensing or a financial company. Recently, the topic also captured attention within the internal market with two landmark decisions rendered by the Court of Justice of the European Union (CJEU).¹⁶ In her Opinion on these cases, Advocate General Kokott perfectly summarizes the tension with which any multinational group is faced when arranging its flows of income: “*The key question that arises here is how far a multinational group can go when configuring corporate structures to reduce final liability for withholding tax [...] within the Group*”.¹⁷ This observation is of course completely relevant in tax treaty policy.

The 1977 commentaries were ambiguous on this point. On the one hand, the commentaries to these articles simply stated that: “*the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State*”.¹⁸ On the other hand, the 1977 commentaries established a clear link between beneficial ownership and the improper use of DTAs providing that: “*Some of these situations are dealt with in the Convention, e.g. by the introduction of the concept of ‘beneficial owner’ (in Articles 10, 11 and 12)*”.¹⁹ While the 1977 commentaries were thus rather concise, they nevertheless paved the way for future work. It is fair to say that the main milestones of this work were the 1986 Conduit Report, the 1992, 2003 and, in relation to the beneficial ownership limitation specifically, the 2014 update of the commentaries.

Over the years, however, what, in essence, constitutes a conduit company remained controversial, particularly for multinational groups organizing their operations through a holding, licensing or a financial company. Recently, the topic also captured attention within the internal market with two landmark decisions rendered by the Court of Justice of the European Union (CJEU).²⁰ These cases involved the denial of the benefits provided by the Parent-Subsidiary and Interest and Royalty Directives to various conduit structures (hereafter: the PSD and IRD cases). In her Opinion on these cases, Advocate General Kokott perfectly summarizes the tension with which any multinational group is faced when arranging its flows of income: “*The key question that arises here is how far a multinational group can go when configuring corporate structures to reduce final*

¹⁶ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases).

¹⁷ Case C-117/16, *Skatteministeriet v Y Denmark Aps* [2019], Opinion of AG Kokott, para 3.

¹⁸ 1977 OECD Commentary para. 12 ad art. 10; para. 8 ad art. 11; para. 4 ad art. 12.

¹⁹ 1977 OECD Commentary, para. 10 ad art. 1.

²⁰ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases).

liability for withholding tax [...] within the Group".²¹ This observation is also completely relevant in a tax treaty context.

Further to the adoption of the 1986 Conduit Report and 2003 update of the commentaries, it is fair to say that the beneficial ownership limitation gradually became the primary response to treaty abuse involving conduit structures. During this period, there was in particular a significant increase in relevant court decisions around the globe. The decisions often made reference to the 1986 Conduit Report and/or the 2003 commentaries with several courts accepting their application to DTAs concluded before these OECD materials. Some prominent scholars have shown that beneficial ownership was historically not intended to address the conduit company problem but, rather, to deal with technical difficulties stemming from the interposition of agents and nominees in the state of residence. However, when it comes to the interpretation of beneficial ownership under the rules of the VCLT, a restriction of the beneficial ownership limitation to agents and nominees seems to be difficult to derive from the ordinary meaning of this term – also understood in its context, object and purpose²² – which is rather open-ended. Moreover, since the 1986 Conduit Report the OECD clearly went in the opposite direction stating that: *"a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)"*.²³ It is remarkable that this passage, which was formally included in the OECD Commentary in 2003²⁴ remained consistently unchanged up to its most recent update in 2017.²⁵ In particular, the changes introduced in the commentaries in 2014, arguably designed to convey a more legal interpretation of beneficial ownership, did not affect the commentaries on this point.²⁶

This being said, the application of the beneficial ownership limitation continues to raise difficulties in treaty practice for a number of reasons, in particular the two following ones. First, beneficial ownership is not capable of addressing all components of the conduit problem. Secondly, beneficial ownership only applies to dividends, interest and royalties and even if it were to be included in other distributive rules such as capital gains²⁷ it would it be conceptually inappropriate to deal with the form of tax treaty not involving the channelling of item of income to non-residents. Thirdly, as several court decisions around the globe have shown, and indirectly the latest judgments of the CJEU

²¹ Case C–117/16 *Skatteministeriet v Y Denmark Aps* [2019], Opinion of AG Kokott, para 3.

²² Art. 31(1) VCLT.

²³ OECD, Conduit Report, N 14.

²⁴ 2003 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 10.

²⁵ 2017 OECD Commentary, para. 12.3 ad art. 10.

²⁶ 2014 OECD Commentary, para. 12.3 ad art. 10.

²⁷ Art. 13 OECD MC.

in the PSD and IRD cases, the interaction of beneficial ownership with general anti-avoidance rules remains extremely controversial. In particular, what happens if an entity established in the state of residence fails the pass the beneficial ownership test but, on the facts and circumstances of the case, it appears that there is no intention to abuse the DTA at stake? Here, of course the order of application of beneficial ownership matters. If beneficial ownership is considered as a mere condition to access tax treaty benefits and is applied first then tax treaty benefits should be denied even if there is no abuse. The question of course is then whether this makes sense from a policy point of view. Moreover, as we shall see, courts are not always consistent on this matter. Finally, and along the same lines, what if a conduit entity established in the state of residence is not the beneficial owner but that the latter is a person established in a third state with which the state of source has concluded a DTA, are the benefits provided by this agreement alternatively automatically available? In these instances, the OECD commentaries provide that the *“limitation of tax in the state of source remains available when an intermediary [...] is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other contracting state”*.²⁸ While the text of the OECD MC was even amended in 1995 and 2014 to make this point clearer, some courts, at least from a procedural standpoint, do not understand the commentaries to mean that alternative tax treaty benefits would be automatically available.

In our opinion, the foregoing difficulties – at least several of them – are likely to be exacerbated with the introduction of a Principal Purposes Test (PPT)²⁹ and a new preamble in the 2017 OECD MC further to the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative (BEPS). It is indeed remarkable that the beneficial ownership limitation was kept into the OECD MC and the commentaries stemming from the 1986 Conduit Report remained unchanged³⁰ while, at the same time, the PPT is clearly intended to deal with the conduit problem in a holistic fashion.³¹ The articulation between the two tests and, more importantly in practice, whether they may lead to a different outcome thus becomes relevant. The question of the relation between beneficial ownership and the new preamble to the MC also arises. This preamble provides indeed that DTAs should not create opportunities for non-taxation or reduced taxation *“including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third countries”*.³² Interestingly, as we shall see, the 2017 commentaries mainly consider the effect of this preamble on the interpretation of the PPT. By contrast, little or no consideration has been paid to the possible impact of this preamble

²⁸ 2017 OECD Commentary, para. 12.7 ad art. 10.

²⁹ Art. 29(9) 2017 OECD MC.

³⁰ 2017 OECD Commentary, para. 12.3 ad art. 10.

³¹ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

³² Preamble to the 2017 OECD MC.

on other tax treaty terms and provisions, in particular the beneficial ownership limitation. It is therefore an opened question whether the new preamble could affect – namely expand – the meaning of beneficial ownership and, as a result, complicate further the delimitation between the application of this limitation and the PPT in conduit cases.

In light of the foregoing latest developments, the author finds it appropriate to return to the issue of beneficial ownership in the present volume dedicated to Professor Etienne POLTIER with whom we had in particular the pleasure of debating, over the years, the problem of application of tax treaty shopping in light in particular of Switzerland's case law.

The aim of the present contribution is to assess whether the beneficial ownership limitation is still necessary in post-BEPS tax treaty policy. For this purpose, our discussion will be articulated into two main sections, the analysis of the beneficial ownership limitation before (2) and after (3) BEPS.

I. Beneficial ownership as a response to conduit companies cases in pre-BEPS treaty policy

A. Conduit companies cases and improper use of DTAs

The 1977 OECD Commentary to art. 1 MC states first of all that: “[...], the extension of the network of double taxation conventions still reinforces the impact of such manoeuvres by making it possible, using artificial legal constructions, to benefit both from the tax advantages available under domestic laws and the tax relief provided for in double taxation conventions”.³³ Paragraph 9 of this commentary then goes on to provide that: “This would be the case, for example, if a person (whether or not a resident of a Contracting State), acts through a legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly”.³⁴ The combined reading of these two passages of the commentaries confirms that a conduit company may in essence be described as an “artificial legal construction”.³⁵ Therefore, the notion of “legal entity” in paragraph 9 of the commentaries should not be read beyond artificial legal constructions. It is remarkable that the OECD Commentary remained unchanged on this point until its

³³ 1977 OECD Commentary, para. 8 ad Art. 1.

³⁴ 1977 OECD Commentary, para. 9 ad Art. 1. In the same vein, in 1987 United Nations Ad Hoc Group of Experts, N 8 also favoured the same definition: “The term ‘abuse of tax treaties’ may be defined loosely as the use of tax treaties by persons the treaties were not designed to benefit, in order to derive benefits the treaties were not designed to give them”.

³⁵ DE BROE, Prevention of Abuse, p. 321.

2017 update which no longer makes reference to the notion of artificial legal construction. The possible impact of this change under post-BEPS tax treaty policy will be addressed in the second part of this contribution.

In 1986, the OECD Conduit Report built on the 1977 commentaries and further illustrated the notion of conduit company by drawing a distinction between so-called “*direct conduit*” and “*stepping-stone*” structure.³⁶ A direct conduit situation occurs where, in essence, the income received by an entity interposed in the state of residence is immediately and (almost) entirely distributed in the form of dividends³⁷ to persons not entitled to (identical) tax treaty benefits.³⁸ By contrast, stepping stone structures refer to cases in which the entity interposed in the state of residence is under the obligation to pass on the treaty favoured income it receives to a non-resident through deductible expenses³⁹ (management fees, interest, royalties, etc.) eroding its taxable basis and usually giving rise to no withholding tax.⁴⁰ A classic example of stepping stone strategies is a back-to-back arrangement involving two mirror loans and corresponding interest payments.⁴¹

³⁶ OECD, Conduit Report, p. 2 N 2. For a detailed discussion of these notions, see in particular VAN WEEGHEL, *Improper Use of Tax Treaties*, p. 119 et seq.; DE BROE, *Prevention of Abuse*, p. 5 et seq.

³⁷ These dividends would typically not be subject to a domestic withholding tax in the state of residence of the intermediary entity.

³⁸ See OECD, Conduit Report, N 4, pp. 2-3: “*A company resident of State A receives dividends, interest or royalties from State B. Under the tax treaty between States A and B, the company claims that it is fully or partially exempted from the withholding taxes of State B. The company is wholly owned by a resident of a third State not entitled to the benefit of the treaty between States A and B. It has been created with a view to taking advantage of this treaty’s benefits and for this purpose the assets and rights giving rise to the dividends, interest or royalties were transferred to it. The income is tax-exempt in State A, e.g. in the case of dividends, by virtue of a parent-subsidiary regime provided for under the domestic laws of State A, or in the convention between States A and B*”. See thereupon DE BROE, *Prevention of Abuse*, p. 14 et seq.

³⁹ OECD, Conduit Report, N 6, p. 3: “*The situation is the same [...]. However, the company resident of State A is fully subject to tax in that country. It pays high interest, commissions, service fees and similar expenses to a second related ‘conduit company’ set up in State D. These payments are deductible in State A and tax-exempt in State D where the company enjoys a special tax regime*”.

⁴⁰ OECD, Conduit Report, N 5; DANON, *Bénéficiaire effectif*, p. 38 et seq.

⁴¹ OECD, Conduit Report, N 4. See also OECD, Conduit Report, N 5d, example 4: “*A tax haven company plans to invest funds as a loan in a high tax State A. The funds are channelled through a company set up for this purpose in a high tax State B. This company receives interest from State A at a rate of, say, 12 per cent and pays interest to the tax haven company at a rate of 11.5 per cent. State A levies a withholding tax on interest which is reduced to nil under the convention between States A and B. State B does not levy withholding tax on interest under domestic law. In such a case the tax haven company benefits from a treaty between the high tax States A and B though it is subject to tax in the latter State only to an insignificant degree (i.e. paying a normal tax only on the marginal 0.5 per cent of the interest)*”.

In our opinion, the notion of “*artificial legal construction*” under the 1977 OECD Commentaries is materially very similar to the concept of “*wholly artificial arrangement*” developed by the CJEU in the framework of abuse rights within the internal market. Therefore, the PSD⁴² and IRD cases⁴³ decided by the CJEU to which we shall revert on several occasions, may also in our view provide useful guidance as regards the characterization of an artificial conduit company for tax treaty purposes. The CJEU held, very much in line with the 1986 OECD Conduit Report, that an indicator of the existence of a direct conduit arrangement was the fact that the interposed entity receives dividends which “*very soon after their receipt*” are passed on to its shareholders.⁴⁴ A similar conclusion was drawn by the CJEU in relation to a stepping structure involving a classical back-to-back loan: “*The fact that a company acts as a conduit company may be established where its sole activity is the receipt of interest and its transmission to the beneficial owner or to other conduit companies*”.⁴⁵ More generally, for both direct conduit and stepping stone structures other indicators include the “*absence of actual economic activity*” which must “*in the light of the specific features of the economic activity in question, be inferred from an analysis of all the relevant factors relating, in particular, to the management of the company, to its balance sheet, to the structure of its costs and to expenditure actually incurred, to the staff that it employs and to the premises and equipment that it has.*”⁴⁶ In these instances, the intermediary company of a group is no longer a regular holding company which, as the CJEU has held in the *Deister* case, cannot *per se* be regarded as an artificial arrangement.⁴⁷

This being said, there is often some confusion as what to are really the decisive elements to be taken into consideration for the purposes of assessing whether an intermediary company is to be regarded as an artificial conduit in the context of dividends, interest and royalties. To some extent, the CJEU maintains this confusion in the foregoing guidance. This is because some criteria mentioned by the Court could be interpreted as pointing to the degree of nexus that an intermediary entity has with a state (for example the references to the availability of premises and equipment⁴⁸) while others by contrast refer to the manner in which the entity derives its income and passes it on to related entities in

⁴² CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases).

⁴³ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases).

⁴⁴ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 101.

⁴⁵ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 131.

⁴⁶ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 104; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 131.

⁴⁷ CJEU, 20 December 2017, Cases C-504/16 and C-613/16 (Joined cases), para 73: “*The fact that the economic activity of a non-resident parent company consists in the management of its subsidiaries’ assets or that the income of that company results only from such management cannot per se indicate the existence of a wholly artificial arrangement which does not reflect economic reality*”.

⁴⁸ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 104.

the group (for example the reference to the fact that the dividends are passed on very soon after their receipt⁴⁹ and indications of an artificial arrangement may also be constituted by the various contracts existing between the companies involved in the financial transactions at issue, giving rise to intragroup flows of funds).⁵⁰ In our opinion, in order to determine whether an intermediary entity is to be regarded as an artificial conduit company in relation to dividends, interest and royalties, the key question to address is not its nexus with a given state but rather to what extent it receives the relevant item of income in an artificial fashion.⁵¹ Therefore, a large financial company having a significant presence in a state (personnel, premises etc.) may, depending on the facts and circumstances, still act as a conduit with respect to some income streams which it artificially receives and transfers (for example on the basis of an artificial back-to-back loan). Conversely, a holding company having a very limited organizational structure is not necessarily a conduit company to the extent the facts reveal that, for instance, the redistribution to its shareholders of the dividends it receives from its subsidiaries is not part of an artificial arrangement but rather the genuine expression of its corporate existence and a dividend policy consistent with its interests.

Usually, a conduit company is incorporated by residents of a third country not having concluded any DTA with the state of source (or a DTA providing for equivalent benefits). However, treaty abuse may also involve residents of a contracting state. The 1977 OECD Commentary indeed makes it very clear that treaty shopping occurs where a person “*whether or not a resident of a Contracting State*”, acts through a legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly.⁵² In fact, treaty shopping involving residents of a contracting state may in certain instances be regarded as a more severe form of abuse. This is the case in so-called “*round-tripping*” structures in which income arising in one contracting state is artificially shifted to an

⁴⁹ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 101.

⁵⁰ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 132.

⁵¹ In a similar vein, from an EU law perspective, DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 4.1. rightly note that: “*as the objectives of the PSD or IRD are not the same as those underlying the TFEU freedom of establishment for which economic substance in the State of secondary establishment is required, the fact that the interposed company carries on a considerable economic activity and has commercial substance does by no means shield it off from a claim that it abuses the IRD if e.g. a back-to-back loan is routed through that company. The same goes a fortiori where a company is interposed on a large scale in such financial conduit arrangements and uses staff, premises and equipment for that activity*”.

⁵² 1977 OECD Commentary, para. 9 ad Art. 1. In *Starr International Co Inc v United States of America*; *United States of America v Starr International Co Inc*, 20 ITLR 94, 116, the US Court, specifically referring to this passage of the 1977 OECD Commentary, confirmed for example “*treaty shopping does frequently involve the participation of a third-country resident, but it needs not. Rather, its essential characteristic is treaty abuse—manipulating on-paper residency for the purpose of obtaining treaty benefits*”.

entity interposed in the other contracting state and then transferred back to resident investors of the first contracting state. In these instances, the state granting treaty benefits is in a worse position: the revenue losses borne by this state are not even compensated by a genuine increase in foreign direct investment.⁵³

B. Delineation between conduit companies cases and other forms of treaty abuse

Strictly speaking, the problem of improper use of DTAs caused by the interposition of a conduit company in the state of residence should be distinguished from tax treaty shopping associated to an abusive restructuring. Here, a restructuring takes place in order to cause the application of the relevant tax treaty or of a more favourable treaty provision (rule shopping).⁵⁴ The problem does thus not lie in the way in which income is transferred to a non-resident through a conduit company. Rather, at issue are the circumstances surrounding the restructuring (typically the timing and/or sequence of events) that may appear awkward and hence abusive.

A first example are cases in which a resident of a third country transfers its shareholding in a company in the state of source (State S) to an entity in the state of residence (State R) with a view to claim the benefits of the S-R treaty (i.e. a more favourable residual rate) on subsequent dividend distribution. The existence of a potential abuse typically arises if a dividend consisting in the retained earnings generated before the transfer is distributed shortly after the latter (or even more so in the case of a liquidating distribution). In Switzerland, for example, this fact pattern is tackled by the so-called “old reserves theory”, which in a treaty context essentially leads to the application of the (treaty

⁵³ While some jurisdictions have approached treaty shopping rather liberally when it involves foreign investors (Union of India and another v Azadi Bachao Andolan and another 6 ITLR 233) there is by contrast a consensus that treaty shopping aiming at achieving “round-tripping” represents the most blatant form of treaty abuse. In Vodafone International Holdings BV v Union of India and another, para. 68, 14 ITLR 431, 451, the Indian Supreme Court considered for example that: “if a structure [...] for circular trading or round tripping then such transactions, though having a legal form, should be discarded by applying the test of fiscal nullity”. See also *Re Verdannet*, 20 ITLR 832, 872 in which the reporting Judge rightly noted “the primary function of these treaties, beyond this immediate purpose, is to facilitate international economic exchanges [...]. It is, therefore, part of their very logic that they be read as not intending to apply to taxpayers who artificially create the conditions of foreignness allowing them to claim, according to a literal interpretation, the benefit of their clauses”.

⁵⁴ On this distinction see in particular DANON, distinction entre évacion fiscale, “treaty” et “rule shopping”, particularly p. 133 et seq. and 145 et seq.

residual) withholding tax rate on the reserves generated before the share transfer.⁵⁵ A variation of this example is the case in which a taxpayer (for instance an individual) entitled to the 15 % portfolio rate of article 10(2)(b) of the S-R treaty contributes his shareholding to a company resident of State R in order to obtain the 5 % (or even 0 %) rate of article 10(2)(a) of the same treaty on subsequent dividend (liquidating) distributions. This second variation is described as a “rule shopping” because the question is whether the benefit of a more favourable distributive should be regarded as abusive.⁵⁶ From the perspective of the DTA’s operation, the problem lies here in the fact that in the foregoing examples, treaty benefits may not be denied on the basis of wording of art. 10 OECD MC. Under this distributive rule, the situation prevailing at the time of payment of the dividends is indeed solely decisive.⁵⁷ Hence, a so-called “compartmentalization” approach consisting in granting treaty benefits only with respect to earnings generated after the cross-border or domestic restructuring is not possible.

Of course, in real life cases involving treaty shopping associated to dividends, interest and royalties the existence of a conduit structure may well be combined with an abusive restructuring. In the first example mentioned above assume for instance that, after the share transfer, a liquidating distribution is made to a conduit company in the state of residence which, in turn, immediately makes a dividend distribution to its non-resident shareholders or is being liquidated.

This being said, as we shall now see, this delineation is relevant when considering the relation between the beneficial ownership limitation and conduit structures.

C. Relation between beneficial ownership and conduit companies cases

As mentioned by Baker, it is pretty clear that the beneficial ownership limitation was introduced to counter treaty shopping by the channelling of the relevant income through a resident of a state with a suitably attractive treaty provision.⁵⁸ Conceptually, however, the beneficial ownership limitation, if at all, is only capable of addressing the conduit problem *stricto sensu*. That is, the way in which the treaty protected income transits

⁵⁵ Federal Administrative Court Judgments of 23 March 2010, A-2744/2008, RF 2010, 652 et seq. and 31 August 2016, A-5692/2015; see also with further references on the Swiss administrative practice DANON/OBRIST, La théorie des “anciennes réserves”, p. 621 et seq.; DANON, distinction entre évation fiscale, “treaty” et “rule shopping”, p. 136 et seq.; OESTERHELT, Altreservenpraxis, p. 99 et seq.

⁵⁶ See thereupon DANON, distinction entre évation fiscale, “treaty” et “rule shopping”, p. 145.

⁵⁷ As regards the temporal scope of distributive rules in general, see in particular SCHUCH, Die Zeit, in particular p. 217 et seq.

⁵⁸ BAKER, Beneficial Ownership: After Indofood, p. 15.

through a conduit company established in the state of residence. By contrast, tax treaty abuse associated with steps taken to establish the conduit in that state or to transfer a shareholding to it prior to a dividend distribution is outside the scope of beneficial ownership. Therefore, the denial of treaty benefits on account of these steps needs to be founded on a specific (SAAR) or general (GAAR) treaty anti-abuse provision, such as the PPT. As shown, an important difference between the beneficial ownership limitation and the PPT, therefore, is that the latter is potentially applicable to the entire fact pattern involving a conduit structure. The inability of the beneficial ownership limitation to deal with the conduit company problem in a holistic and uniform manner will be one of the reasons leading us to question its usefulness after the introduction of a PPT rule in post-BEPS tax treaty policy.

Another difference, finally, is that beneficial ownership only applies to the dividends, interest and royalties. Hence, an abusive restructuring designed, for instance, to take advantage of art. 13(5) OECD MC (capital gains) upon a subsequent sale of shares is thus any rate not covered by the beneficial ownership limitation. Further, this limitation which focuses on the transfer of a flow of income by the recipient would at any rate be conceptually inappropriate to deal with abuse involving capital gains.⁵⁹ In the field of capital gains, for instance in relation to art. 13(5) OECD MC which allocates exclusive taxing rights to the state of residence of the alienator, a relevant indicator of tax treaty abuse is rather the (short) temporal connection between the transfer of a shareholding to a resident, respectively the ownership of the shares, and their alienation.

D. Nature of beneficial ownership

Turning to the nature of beneficial ownership, the well-known interpretative question that must be settled is whether this term should receive an autonomous meaning or if it may be defined by the state applying the treaty (i.e. the source state) according to its internal law. In other words, the issue is whether this is a case in which “*the context otherwise requires*” as prescribed by art. 3(2) OECD MC.

This being said, it is widely accepted that beneficial ownership is a term which the context requires to define autonomously⁶⁰ and, therefore, on the basis of art. 31 VCLT. The

⁵⁹ See BAKER, Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept (UN note), N 55.

⁶⁰ See among others DU TOIT, Beneficial Ownership, p.178; VAN WEEGHEL, Improper use of Tax Treaties, p. 68; VOGEL in Vogel/Lehner, N 15 ad vor Art. 10-12; DANON in Danon *et al.*, N 97 ad art. 1; DANON, Thesis, p. 330; DANON, Bénéficiaire effectif, p. 40; KEMMEREN, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Preface to Articles 10 to 12, N 25 and, recently, AVERY JONES, GTTC ad Interpretation (2018), sec. 5.1.2.4.2.2: “*The term ‘beneficial owner’ is used extensively in UK and Australian domestic legislation and case law has given it a meaning that is not necessarily appropriate to tax treaties, for example, there are cases where there is no beneficial owner. This is a term the*

same conclusion was reached at several annual Congresses of the International Fiscal Association (IFA), notably in 1998⁶¹ and in 1999.⁶² This position is in particular founded on the fact that countries' domestic laws do not offer a precise and suitable meaning of beneficial ownership.⁶³ This position is also consistent with the need to avoid a treaty override through domestic law.⁶⁴ The 2003 and 2014 updates of the OECD Commentary subsequently clarified this position noting respectively that: "*The term 'beneficial owner' is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance*"⁶⁵ and that beneficial ownership: "*was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries)*".⁶⁶

Interestingly, in the preparatory work relating to the 2014 update of the commentaries, reference to domestic law for the purposes of defining beneficial ownership was rejected

purpose of which indicates that a common interpretation should be given that would not be achieved by using domestic law in one of the states and a general meaning in the other; a common meaning should be used in both states".

⁶¹ IFA, The concept of beneficial ownership in tax treaties (1998), pp. 15-33. See for example LÜTHI, p. 21 "*I will speak as the Swiss delegate to the OECD [...]. I share the concerns expressed [...] that beneficial ownership should be a treaty concept (emphasis added). The use of Art. 3(2) and the application of given rules in this field of domestic law could in my view undermine treaty solutions and could lead to some kind of treaty override. I think that since one grants benefits by way of a treaty, one should also say under what circumstances such benefits will be denied and this should not be done based on domestic law but on treaty provisions [...]. We should be quite clear to say that it is not up to domestic law to decide who is entitled to treaty benefits [...]*".

⁶² See the proceeds of the discussions summarized in OLIVER *et al.*, Beneficial Ownership, p. 310 et seq., notably p. 314 et seq.

⁶³ VOGEL 1997, N 8 ad art. 10-12.

⁶⁴ See generally OECD, Treaty Override Report, N 9: "*the general rule of interpretation should be based on the terms of the treaty in their context. This corresponds to the approach taken in Article 3, paragraph 2, of the OECD Model Convention where the context of the treaty takes precedence over an interpretation derived from national laws. Interpretation should thus aim at a coordinated application in both States in order to avoid double taxation*"; VOGEL 1997, Introduction, N 74: "*[...] the mandate to interpret a tax treaty in light of its object and purpose (Art. 31 (1) VCLT leads to the requirement that states should seek the treaty interpretation which is most likely to be accepted in both contracting states (the goal of 'common interpretation')*".

⁶⁵ 2003 OECD Commentary, para. 12 ad art. 10.

⁶⁶ 2014 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 10.

even in cases in which such reference could possibly provide for a meaning consistent with the OECD commentaries.⁶⁷

As we shall see, numerous decisions around the globe have followed the same reasoning either explicitly or implicitly by referring to OECD materials, notably the commentaries and the 1986 OECD Conduit Report.⁶⁸ In particular, as noted by the UK Court of Appeal in the famous *Indofood* case: “the term ‘beneficial owner’ is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of contracting states”.⁶⁹

There is little doubt in our mind that conferring an autonomous and contextual treaty meaning to beneficial ownership is the only defensible position.

E. Meaning of beneficial ownership

Because beneficial ownership is a term that must receive a contextual definition such meaning must thus be solely be derived from the interpretative process governed by art. 31 et seq. VCLT. We begin with some preliminary considerations under art. 31 VCLT (2.5.1) and then contrast these considerations with the meaning of beneficial ownership under the OECD commentaries and reports (2.5.2), tax treaty practice (2.5.3) and also consider as a short excursus the meaning given by the CJEU to beneficial ownership in the IRD and PSD cases (2.5.4). We then move to the scholarly debate between the legal and substance-oriented interpretation (2.5.5) which we try to reconcile (2.5.6).

⁶⁷ In its discussion draft of April 2011, the OECD had initially envisaged that domestic law could be given some relevance to the extent it did not conflict with the treaty meaning of beneficial ownership, see OECD Discussion Draft, April 2011, p. 8 draft Commentary ad art. 12.1 in fine: “[...] This does not mean, however, that the domestic law meaning of ‘beneficial owner’ is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary”. This latter approach was however strongly rejected so that this phrase was never included in the commentaries, OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12, para. 2-4: “A number of comments supported the suggestion that ‘beneficial owner’ should have an autonomous treaty meaning [...]. Whilst the majority of comments supported the conclusion that an autonomous meaning should be given to the term ‘beneficial owner’, a number of commentators objected to the last sentence of the paragraph dealing with the domestic law meaning of that term. It was noted that this sentence appeared to contradict the conclusion that an autonomous meaning should be preferred [...]. Based on the guidance in existing paragraph 12 and the majority of the comments received on this issue, the Working Party concluded that the interpretation reflected in the proposed paragraph was the correct one but that the last sentence of the paragraph was potentially confusing and should therefore be deleted”.

⁶⁸ MARTÍN JIMENEZ, beneficial ownership p. 50.

⁶⁹ *Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch*, para. 42, 8 ITLR 653, 674.

1. Some preliminary considerations under art. 31 VCLT

According to art. 31(1) VCLT: “*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*”. It is settled that art. 31(1) VCLT expresses the primacy of the textual approach in the interpretative process.⁷⁰ It consequently follows that the ordinary meaning of terms used by a treaty is deemed to reflect the intentions of its parties.⁷¹ At the same time, by requiring treaty terms to be interpreted in their “*context*”, art. 31(1) VCLT seeks to avoid a pure grammatical and isolated interpretation.⁷² Therefore, the meaning of a term such as beneficial ownership can only be determined by taking into consideration the entire article in which this term appears, the rest of the treaty⁷³ including its preamble.⁷⁴

As we have already argued the literal interpretation undoubtedly supports the argument that beneficial ownership is a test which focuses on ownership attributes.⁷⁵ Accordingly, it follows that, subject to the requirements laid down by art. 4 OECD MC (treaty residence), the nature of the recipient’s objective connection with the state of residence is immaterial for the purpose of the beneficial ownership requirement. Whether, for example, the recipient of the income carries on a commercial activity, is a stock listed company or simply a pure passive holding company, is of no importance. From this perspective, the beneficial ownership requirement is conceptually different than limitations on benefits provisions, for example an “*active business test*”. These tests attempt to detect abuse by scrutinizing the connections existing with the state of residence. Beneficial ownership, on the other hand, looks at the intensity of the ownership attributes of the recipient of the income. A definition of beneficial ownership implying a substance (personnel, offices etc) requirement, is thus not compatible with the literal interpretation of this term. Rather, these elements may only be taken into consideration for purposes of establishing the ability of the recipient to own the treaty protected income within the meaning of the beneficial ownership limitation. Similarly, the tax status of the recipient (ordinary taxation, objective or subjective exemption) is equally not relevant.

Secondly, since art. 10(1) and 11(1) OECD MC already require that dividends and interests be “*paid to*” a resident of the other contracting state the contextual interpretation under art. 31(1) VCLT suggests that the ownership attributes with which beneficial ownership is concerned do not just relate to the fiscal attribution of these items to a recipient.

⁷⁰ ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties*, p. 426; VOGEL 1997, Introduction, N 84.

⁷¹ Vienna Convention Commentary, N 11, p. 220.

⁷² VILLIGER ad art. 31 VCLT (2009), para. 10.

⁷³ VILLIGER ad art. 31 VCLT (2009), para. 10.

⁷⁴ Art. 31(2) VCLT.

⁷⁵ DANON, *Bénéficiaire effectif*, p. 40.

Otherwise, beneficial ownership would have no scope of its own compared to this “*paid to*” requirement,⁷⁶ a result which would not be compatible with the principle of effectiveness⁷⁷ governing the interpretative process under the VCLT.

Thirdly, the OECD MC refers to “*beneficial owner*” and not to the “*ultimate beneficial owner*” of the income. Accordingly, equating beneficial ownership to a look through approach is erroneous. Rather, in a group structure, it is perfectly conceivable for an intermediary holding company to satisfy the beneficial ownership requirement. Moreover, the OECD MC refers to the beneficial owner of an item of income. Whether, therefore, the recipient of the income is also the owner of the underlying asset is not decisive.

It is fair to say that the foregoing conclusions are reflected in the OECD Commentary (in particular since its 2014 update) and, to some extent, in leading decisions around the globe.

This being said, the context under art. 31 VCLT also includes the preamble of the treaty.⁷⁸ The question is therefore to what extent the meaning of beneficial ownership could be influenced by the preamble of the treaty. Since 2003, the OECD Commentary goes in this direction stating that beneficial ownership “*should be understood in its context, [...] in light of the object and purposes of the Convention, including double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance*”.⁷⁹ At the same time, however, one could argue that on this point, the OECD Commentary is stating the obvious: any treaty term should be interpreted in its context and taking into account its object and purpose. In fact, in pre-BEPS tax treaty policy, the issue was never really addressed thoroughly. However, as discussed in the second part of this contribution, the problem becomes more relevant under the 2017 OECD MC whose preamble now provides that the elimination of international double taxation should not create opportunities for non-taxation or reduced taxation “*including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third countries*”. We revert to these issues in the second part of this contribution.

Finally, since it is settled that beneficial ownership was introduced into the OECD MC to deal, at least to some extent, with certain treaty shopping situations, a question also arising is whether the intention of the taxpayer to abuse the relevant DTA should be taken into consideration in the beneficial ownership analysis. There is obviously no support for this reasoning if the beneficial ownership limitation is properly construed in accordance

⁷⁶ Art. 12 OECD MC (royalties), by contrast, does not clearly distinguish between the issue of fiscal attribution and beneficial ownership since it only refers to “*royalties [...] beneficially owned by a resident of the other Contracting state*”.

⁷⁷ DÖRR ad art. 31 VCLT (2018), para. 52 (6).

⁷⁸ Art. 31(2) VCLT.

⁷⁹ 2003 OECD Commentary, para. 12 ad art. 10.

with art. 31 VCLT. At the same time, the distinction between beneficial ownership and the prohibition of abuse has sometimes proven to be difficult to make in tax treaty practice as illustrated in France by the *Bank of Scotland* case.⁸⁰ In the UK further to the *Indofood* case,⁸¹ a subjective element (“*main purpose test*”) was even built into the beneficial ownership limitation by HMRC but in order to switch it off in the absence of abuse.⁸² Therefore, the question of whether the beneficial ownership limitation is a mere technical condition to access tax treaty benefits or a specific anti-abuse rule (with a subjective element) remains controversial. The recent decisions of the CJEU in the PSD and IRD cases, although dealing with directive shopping, have also fuelled the discussion regarding the relation between beneficial ownership and the prohibition of abuse.⁸³

2. Meaning under the OECD commentaries: the main milestones

a) The 1977 Commentary

As already mentioned, the 1977 OECD Commentary contained very little information as to the interpretation of the beneficial ownership requirement. The commentaries to art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) OECD MC simply provided that: “*the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State*”.⁸⁴ There was however also a reference to beneficial ownership in the commentaries to art. 1 relating to cases of improper use of DTAs. According to paragraph 10 of these commentaries: “*Some of these situations are dealt with in the Convention, e.g. by the introduction of the concept of “beneficial owner” (in Articles 10, 11 and 12)*”.⁸⁵

The conciseness of the 1977 OECD Commentary led to some uncertainty as regards the meaning and scope of the beneficial ownership limitation. On the one hand, these commentaries only expressly excluded agents and nominees from tax treaty benefits. On the other hand, the reference to “*such as*”⁸⁶ an agent or a nominee suggested that the limitation also applied to other intermediaries of the same kind. A few commentators have supported the idea that the commentaries were in fact exhaustive and that beneficial

⁸⁰ *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v Société Bank of Scotland*, 9 ITLR 683, 711.

⁸¹ *Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch*, 8 ITLR 653.

⁸² See below.

⁸³ See below.

⁸⁴ 1977 OECD Commentary para. 12 ad art. 10; para. 8 ad art. 11; para. 4 ad art. 12.

⁸⁵ 1977 OECD Commentary, para. 10 ad art. 1.

⁸⁶ 1977 OECD Commentary para. 12 ad art. 10; para. 8 ad art. 11; para. 4 ad art. 12.

ownership was only meant to exclude agents and nominees.⁸⁷ However, a vast majority of scholars have argued that the reference to agents and nominees was merely intended to be illustrative and that, at least in certain circumstances, the beneficial ownership limitation also applied to conduit companies.⁸⁸

We have subscribed to this analysis. The idea that the beneficial ownership limitation could only target agents and nominees is simply based on a strict reading of the 1977 OECD Commentary requiring one to omit reading the words “*such as*” an agent or nominee. Further and in any event, this position becomes very difficult to defend if the ordinary meaning of beneficial ownership in its context⁸⁹ is simply considered. The ordinary meaning of beneficial owner, which focuses on ownership attributes from a general perspective, does not support an exclusion limited to formal agents and nominees.⁹⁰ Moreover, the contextual interpretation of beneficial owner in its nexus with other treaty limitations (in particular the “*paid to*” requirement contained in art. 10 and 11 OECD MC), also confirms this analysis.

For these reasons an overwhelming majority of commentators⁹¹ have submitted that the beneficial ownership limitation applies, as a matter of principle, to conduit companies. Therefore, these scholars view the findings of the 1986 OECD Conduit Report, which are presented below, as simply clarifying the interpretation of beneficial ownership under the 1977 OECD Commentary.⁹² Over the years, as we shall see, the debate has rather

⁸⁷ OLIVER *et al.*, p. 324; VAN WEEGHEL, *Improper Use of Tax Treaties*, pp. 116-117.

⁸⁸ In his doctoral thesis dedicated to beneficial ownership DU TOIT for example argues that by using the wording “*such as an agent or nominee*” the 1977 OECD Commentary’s reference to “*agent or nominee*” is just meant to be illustrative (DU TOIT, *Beneficial Ownership*, thesis, p. 216). In the same vein, DE BROE observes that: “*Had they wished to restrict the denial of treaty benefits to agents and nominees, the drafters of the OECD MC could have used those words explicitly in the OECD MC or they could have said it expressly in the Commentary. The fact that the 1977 Commentary uses the terms ‘such as an agent or nominee’ suggests the opposite*” (DE BROE, *Prevention of Abuse*, pp. 682-683). See also the *Commissaire du Gouvernement in the Bank of Scotland* case decided by the French *Conseil d’État*: “*The commentaries of the OECD do not exclude any forms of intermediary but cite in particular agents and nominees*” *Commissaire du Gouvernement*, Mr. François Seners, *Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie v Société Bank of Scotland*, 9 ITLR 683, 711. See also in the same vein COLLIER, *Beneficial ownership*, pp. 690-691.

⁸⁹ Art. 31 VCLT.

⁹⁰ DE BROE, *Prevention of Abuse*, pp. 682-683 (68).

⁹¹ DE BROE, *Prevention of Abuse*, p. 720; DU TOIT, *Beneficial Ownership*, p. 217; COLLIER, *Beneficial ownership*, pp. 690-691; PIJL, *Beneficial Ownership*, p. 355.

⁹² DU TOIT notes that this Report: “*merely explains certain aspects surrounding beneficial ownership. It does not provide any information that did not already apply to beneficial ownership in 1977*” (DU TOIT, *Beneficial Ownership*, p. 217), while DE BROE believes that: “*the 2003 Commentary is almost identical to the 1986 Conduit Companies Report and such Report was intended to clarify the ‘open end’ definition of ‘beneficial owner’ used in the 1977 Commentary*” (DE BROE, *Prevention of Abuse*, p. 720, footnote N 1111).

concentrated on whether the beneficial limitation should be applied to conduit companies cases on the basis of a substance over form or legal interpretation. In other words, as Baker puts it, the question is: “*how artificial must the conduit arrangement have been for the benefit of the treaty to be denied?*”.⁹³

b) The 1986 Conduit Report and 2003 Commentary

On 27 November 1986 the OECD Council adopted the Conduit Report which incorporated important considerations on the beneficial ownership limitation. The Report makes it clear that it built on the 1977 commentaries on improper use of DTAs.⁹⁴ The guidance on beneficial ownership is contained in section II.B dealing with anti-avoidance provisions of the report which reads as follows: “*Articles 10 to 12 of the OECD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not its ‘beneficial owner’. Thus, the limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (paragraphs 12, 8 and 4 of the Commentary to Articles 10, 11 and 12 respectively). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus, a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)*”.⁹⁵

The findings of the Conduit Report were then included in the 2003 update of the OECD Commentary: “[...] *It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies’ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in rela-*

⁹³ BAKER, *Beneficial Ownership: After Indofood*, pp. 15-16.

⁹⁴ OECD Conduit Report, N 1: “*In its Commentary on Article 1 of the 1977 OECD Model Convention, the Committee on Fiscal Affairs expressed its concern about improper use of tax conventions (see paragraph 9) by a person (whether or not a resident of a Contracting State), acting through a legal entity created in a State with the main or sole purpose of obtaining treaty benefits which would not be available directly to such person*”.

⁹⁵ OECD, Conduit Report, N 14.

tion to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties".⁹⁶

The Conduit Report and 2003 Commentary have confirmed that the beneficial ownership limitation is capable of being used to deny treaty benefits to conduit companies, at least in certain instances. In fact, in a number of jurisdictions courts have referred to the Conduit Report and/or the 2003 Commentary (on several occasions even in cases involving DTAs concluded before these OECD materials) when considering the application of the beneficial ownership limitation to conduit entities. The Conduit Report and 2003 Commentary have also been understood as endorsing an economic or at least a substance over form meaning of beneficial ownership.⁹⁷ It is true that the reference made to a conduit entity having "*very narrow powers*" could suggest a strict legal interpretation. However, the Conduit Report also states that the beneficial ownership limitation is not available when: "*when economically*", it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income.⁹⁸ In the same vein, the 2003 commentaries indicate that a conduit company may not be regarded as the beneficial owner where it simply acts as a conduit for another person "*who in fact*" receives the benefit and the conduit company has "*as a practical matter*", very narrow powers.⁹⁹ The use of these expressions emphasizes the relevance of the substance over form analysis.¹⁰⁰ Moreover, in 1998 the OECD Report on Harmful Tax Practices, although not primarily dealing with the problem of improper use of tax treaties, provides that: "*Another example involves denying companies with no real economic function treaty benefits because these companies are not considered as beneficial owner of certain income formally attributed to them*".¹⁰¹ The reference to "*real economic function*" seems again to be a plea in favour of a substance over form approach analysis.

c) The 2014 Commentary

Further to the adoption of the Conduit Report and the 2003 OECD Commentary, it is fair to say that the beneficial ownership limitation increasingly became the primary response to conduit structures in treaty practice.

⁹⁶ 2003 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 10.

⁹⁷ See among others WARD, Treaty Benefits, pp. 17-18.

⁹⁸ OECD, Conduit Report, para. 14, p. 8.

⁹⁹ 2003 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 10.

¹⁰⁰ While these two expressions are not expressly used by the 1986 OECD Conduit Report, the 2003 Commentary here however merely transposes the findings of this report. This is in particular evidenced by the fact that these expressions are used when a direct reference to the 1986 OECD Conduit Report is made.

¹⁰¹ 1998 OECD Report on Harmful Tax Practices, para. 119.

Yet, the OECD still felt that beneficial ownership needed further clarification which ultimately lead to important changes introduced in the 2014 update of the Commentaries. These changes did not consist in a revision of the 2003 commentaries but rather in additional paragraphs intended to clarify the meaning of beneficial ownership. Therefore, the passages of the 2003 update remained unchanged with the commentaries continuing to state that: *“a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties”*.¹⁰² The same was true as regards the need to understand beneficial ownership *“in its context, [...] in light of the object and purposes of the Convention, including double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance”*. At the same time, the 2014 Commentary also took stock of the consolidation introduced in the 2003 Commentary as regards the possibility to deal with tax treaty abuse with other general or specific anti-avoidance rules.¹⁰³ Moreover, the 2014 usefully clarified that the beneficial owner should not be confused with the ultimate owner of a legal person or arrangement¹⁰⁴ and that the limitation is concerned with the beneficial ownership of the dividends, interest and royalties and not with the ownership of the assets producing these items.¹⁰⁵

This being said, the most important changes came with the introduction of new paragraphs stating that in order for beneficial ownership to be denied, the recipient's right to use and enjoy had to be *“constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person”*.¹⁰⁶ Therefore, *“where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the ‘bene-*

¹⁰² 2014 OECD Commentary, para. 12.3 ad art. 10.

¹⁰³ 2014 OECD Commentary, para. 12.5 ad art. 10: *“whilst the concept of ‘beneficial owner’ deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases”*. The 2003 Commentary had indeed consolidated the idea that treaty benefits could be denied on the basis of domestic anti-abuse or by relying on an implied prohibition of abuse provided that this was in accordance with a so-called main purpose test taking the form of a guiding principle.

¹⁰⁴ 2014 OECD Commentary, para. 12.6 ad art. 10: *“it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise ‘ultimate effective control over a legal person or arrangement’”*.

¹⁰⁵ 2014 OECD Commentary, para. 12.6 ad art. 10: *“the term ‘beneficial owner’ is intended to address difficulties arising from the use of the words ‘paid to’ in relation to dividends rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends”*.

¹⁰⁶ 2014 OECD Commentary, para. 12.4 ad art. 10.

fictional owner' of that dividend".¹⁰⁷ At the same time, however, the 2014 commentaries state that such obligation: "may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person".¹⁰⁸ The reference to "facts and circumstances" and "in substance" used by the commentaries in this passage could suggest that the OECD has, at least not completely, ruled out the possibility to assess beneficial ownership on the basis of a substance over form interpretation. Another possible and reasonable interpretation, by contrast, would be to consider that the facts may here serve as a tool to prove the existence of an unwritten but nevertheless legal or contractual obligation.¹⁰⁹ Under this analysis, beneficial ownership would be subject to a legal interpretation but also considering what could be described as "legal substance". In other words, beneficial ownership could be denied to a conduit company where, for instance, the facts reveal that this entity is transferring the income it receives pursuant to an implied agency agreement and/or that it is a sham.¹¹⁰ Nevertheless, the question of whether the 2014 OECD Commentary should be understood in this fashion remains controversial.

3. Comparative analysis under Swiss and international tax treaty case law

The debate between a substance over form or legal interpretation of beneficial ownership has also resonated in tax treaty practice. It is however fair to say that a majority of courts around the globe have embraced a substance over form interpretation of beneficial ownership¹¹¹ (2.5.3.1). The Canadian *Prévost* and *Velcro* cases are the most well-known

¹⁰⁷ 2014 OECD Commentary, para. 12.4 ad art. 10.

¹⁰⁸ 2014 OECD Commentary, para. 12.4 ad art. 10.

¹⁰⁹ In the same vein, KEMMEREN, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Preface to Articles 10 to 12, N 11; WEIDMANN, Swiss Swaps Case, p. 231.

¹¹⁰ See below.

¹¹¹ In a doctoral thesis dedicated to beneficial ownership and which has *inter alia* surveyed the interpretation given to the treaty limitation of beneficial ownership around the globe, MEINDL-RINGLER, Beneficial Ownership, pp. 288-289 concludes that: "there have been a lot of court and administrative decisions on beneficial ownership using a number of different approaches to the concept. Although two countries (Belgium and India) apply a very formalistic approach to beneficial ownership by focusing basically on the legal owner, this is not the prevalent view. There are quite a few countries that use beneficial ownership as a broad anti-avoidance rule [...]. The substance-over-form doctrine is applied in a number of countries [...]. By now, beneficial ownership is rarely used as a (pure) attribution-of-income rule; rather the trend seems to go towards understanding beneficial ownership in the forwarding sense (like in the OECD Commentary) or even as a broader anti-avoidance provision". In the same vein, MARTÍN JIMENEZ, beneficial ownership, p. 51 observes that: "It is interesting that most of the judgements studied (with the important exception of *Prévost*) adopted an economic/substance-over-form approach to decide who the beneficial owner of income is".

exceptions to this trend (2.5.3.2). The findings of the CJEU in the PSD and IRD cases which we shall discuss as a short excursus – although based on the prohibition of abuse within the internal market – seem also to implicitly favour a meaning of beneficial ownership based on a substance over form or even economic interpretation (2.5.4).

a) **Substance over form approach under Swiss case law**

An early illustration of the substance over form interpretation of beneficial ownership may be found in the *Re V SA* case¹¹² decided on 28 February 2001 by the former Swiss Federal Commission of Appeal for Taxation.¹¹³ *Re V SA* was the first case in which a Swiss Court was given the opportunity to thoroughly analyze the beneficial ownership limitation. The case, which involved the Switzerland-Luxembourg DTA, concerned a corporation, V SA, which had been incorporated in Luxembourg in January 1995 by two companies resident in the United Kingdom and the Isle of Man. After its incorporation, V SA acquired the entire share capital of a wholly owned Swiss subsidiary from a US resident individual. The purchase price, which amounted to CHF 2,000,000, was financed up to 96.35 % by a loan granted by its UK shareholder. At the end of December 1995, the participation in I SA represented 99.94 % of its assets. V SA received dividends from its Swiss subsidiary I SA which were transferred to its non-resident shareholders in the form of deductible interest expenses paid on the loan.

The essential question that needed to be settled by the court was whether V SA could be regarded as the “beneficiary” of the dividend within the meaning of art. 10(2)(b) of the DTA.¹¹⁴ However, the court found that the term “beneficiary” could be equated to “beneficial owner”.¹¹⁵ Following closely the steps prescribed by the VCLT the court then began to consider the ordinary meaning¹¹⁶ of the term “beneficiary”, thereby implicitly favouring an international fiscal meaning of this term and excluding a *lex fori* characterization. The court held that a beneficiary is a person having the possibility to really enjoy the benefit it derives and not merely someone transferring this benefit to a third party.¹¹⁷

¹¹² *Re V SA*, 4 ITLR 191.

¹¹³ Subsequently replaced by the Federal Administrative Court.

¹¹⁴ This provision did indeed not expressly refer to beneficial owner but used the term “beneficiary” (“bénéficiaire”).

¹¹⁵ Moreover, in any event, the Court also held that the beneficial ownership requirement is implicit in every tax treaty.

¹¹⁶ Art. 31 (1) VCLT.

¹¹⁷ *Re V SA*, 4 ITLR 191, 209: “A beneficiary is the person who receives a benefit, an advantage, etc. (*Petit Larousse illustré* (Paris 1996). The beneficiary is thus the person who can actually benefit from a payment, and not one who receives it subject to an obligation to transfer it to a third person. Thus, a company which transferred to a third person dividends received without being able actually to dispose of them cannot be considered as the ‘beneficiary’. The notion of ‘beneficiary’ envisages, therefore, according to the ordinary meaning to be attributed to this term, one who effectively re-

Hence, a company transferring the dividends it receives to a third party without having the possibility to dispose of the latter (*“sans pouvoir en disposer réellement”*) should not be regarded as a *“beneficiary”* in a treaty context. The court concluded that the ordinary meaning of the term *“beneficiary”* was very much in line with the interpretation conveyed by the 1986 OECD Conduit Report. The court finally turned to the object and purpose¹¹⁸ of the DTA to confirm the foregoing analysis. On this point, it held that the term *“beneficiary”* should be construed in a way which prevents non-residents from obtaining the benefits of a DTA by interposing a conduit company in a contracting state.

Based on this reasoning, the court ruled that V SA, which was transferring virtually all its Swiss source dividends to non-residents in the form of deductible interest expenses was a mere conduit company and, for this reason, could not be regarded as the beneficiary (beneficial owner) under the Switzerland-Luxembourg DTA.

Switzerland’s case law on beneficial ownership was subsequently further consolidated with the famous *Swaps* case decided by the Federal Supreme Court in 2015,¹¹⁹ whose findings were then confirmed on numerous occasions.¹²⁰ However, this case law has refined the interpretation favoured in the *Re V SA* case on two important elements. First of all, the beneficial ownership limitation is now considered by Swiss courts as mere a condition to access tax treaty benefits and, for this reason, should not be confused with a general anti-avoidance rule that incorporates both an objective and a subjective element.¹²¹ For this reason, beneficial ownership is construed in an objective manner. It consequently follows that in order to determine whether the recipient of income qualifies as the beneficial owner the intention and motives to select a particular arrangement or structure are irrelevant. In the same vein, the fact that a transfer of shares to a resident of a contracting state does not lead to a more favourable residual treaty rate than that initially applicable in the state of source has also been found to be irrelevant for the purpose of

ceives a payment and can dispose of it. This definition overlaps with that of the ‘effective beneficiary [beneficial owner]’ which envisages the person who profits economically from income, and does not apply to conduit companies placed as intermediaries between the payer of income and the person who ultimately receives it (OECD Report on Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies [hereafter referred to as ‘the Conduit Companies Report’], Paris 1987, ch 14, let B)”.

¹¹⁸ Art. 31 (1) VCLT.

¹¹⁹ *Re Swiss Swaps Case I/A*, 18 ITLR 138; for a recent discussion of this case at an international level, see DANON, *Tax Treaty Disputes in Switzerland*, p. 654 et seq.; WEIDMANN, *Swiss Swaps case*, pp. 621 et seq.

¹²⁰ Federal Supreme Court decision of 5 May 2015, 2C_895/2012 (SMI Index future); Federal Supreme Court decision of 2 October 2015, 2C_383/2013 (single stock futures); Federal Supreme Court decision of 22 Nov. 2015, 2C_752/2014 (preferred equity certificates); Federal Supreme Court decision of 5 April 2017, 2C_964/2016.

¹²¹ Federal Administrative Court decision of 26 August 2016, A-2902/2014, para. 4.3.3 (partially confirmed by Federal Supreme Court decision of 5 April 2017, 2C_964/2016).

the beneficial ownership analysis¹²² Nevertheless, in some decisions a purpose-oriented analysis has been conducted against the taxpayer to confirm the absence of beneficial ownership. We shall revert to this point below.¹²³ Finally, and perhaps more importantly, this case law confirms and further enhances the substance over form interpretation of beneficial ownership developed in the *V SA* case. That is, for the Federal Supreme Court, beneficial ownership should be examined from the perspective of economic control and focuses on the criterion of interdependence between income and the obligation to transfer such income to non-residents on the basis of a legal arrangement or, more importantly in practice, simply factual circumstances. The Supreme Court generally considers that economic control fails to exist where, on the basis of a legal or factual obligation, all or even just an essential portion of the treaty protected income is being transferred to non-residents.¹²⁴ With others we have argued that this reasoning is not in line with the meaning of beneficial ownership conveyed by the 2014 OECD Commentary. Under this case law, the existence of an obligation to transfer the income received may stem from a legal arrangement or simply from the facts. Under the 2014 Commentaries, it is arguable that the facts may only serve as a tool to prove the existence of an unwritten legal or contractual obligation. This definition embodies a subtle but important difference if compared with a pure substance-over-form approach of beneficial ownership such as that which is currently favoured under Swiss case law. That is, under this case law, the existence of an obligation to transfer the income received may stem from a legal arrangement or simply from the facts. Under the 2014 Commentaries, by contrast, the facts may only serve as a tool to prove the existence of a legal or contractual obligation. Whether this is really how the reference to “*facts and circumstances*” and “*in substance*” used by the 2014 commentaries should be understood is however not entirely clear.

A recent decision rendered in 2018 by the Federal Administrative Court in relation to a conduit structure, which is an incarnation of this case law and is currently pending before the Swiss Supreme Court, also deserves attention.¹²⁵ The case concerned a company incorporated in Ireland which was the sole shareholder of a Swiss subsidiary. The Irish company had been acquired through a loan granted by the grandparent company of the group. The question that needed to be settled by the court was whether the Irish company

¹²² CH: FAT, 20 Dec. 2016, A-1426/2011, 5.3.2.3.

¹²³ For example, in a case decided in 2014, the FAT held that, where the interposition of an entity in the state of residence is regarded as abusive, there is a presumption that such entity may not be regarded as the beneficial owner (CH: FAT, 25 June 2014, A-4693/2013 (partially confirmed by CH: FT, 3 Dec. 2015, 2C_753/2014) and A-4689/2013 (partially confirmed by CH: FT, 27 Nov. 2015, 2C_752/2014), para. 8.4.). In a recent judgment, the FAT even referred to a purpose alien to treaty benefits, namely the objective to benefit from a favourable regime in Luxembourg (FAT judgment of 20 Dec. 2016, *supra* n. 26, at para. 5.2.2.3).

¹²⁴ Re Swiss Swaps Case I/A, para. 5.2.4, 18 ITLR 138, 180.

¹²⁵ A AG v Federal Tax Administration, 20 ITLR 625.

could be regarded as the beneficial owner of a Swiss source dividend stemming from non-recurrent profits under art. 15(1) of the former 2005 Swiss-EU Savings Agreement and, therefore, be entitled to a full refund of the Swiss withholding.¹²⁶ On the facts, the Irish company and the grandparent company of the group shared the same registered address in Dublin.¹²⁷ Moreover, the board of directors of both companies was, to a large extent, composed of the same persons.¹²⁸ For the reasons, the court considered that the grandparent company as the loan provider and the controlling shareholder was thus ultimately able to determine not only the timing but also the size of dividend payments. In other words, the Irish company's receipt of dividend income as an intermediary company was fully dependent on the Grandparent Company as the controlling company. Therefore, the Federal Administrative Court arrived at the conclusion that the Irish company was not the beneficial owner of the Swiss source dividends.¹²⁹ The relation established by the court between on the one hand beneficial ownership and, on the other hand, the composition of board of directors in a group is an important practical question to which we shall revert when trying to reconciling the substance over form and legal interpretation of beneficial ownership.

b) Substance over form approach under foreign case law

In France, the *Conseil d'État* also endorsed a substance over form approach in the *Bank of Scotland* case.¹³⁰ Unlike the Swiss Federal Supreme Court, the French Court established by contrast a clear connection between beneficial ownership and the reservation of abuse (*"fraude à la loi"*). We revert to this case when discussing the relation between beneficial ownership and the notion of abuse.

In the United Kingdom, the findings of the Court of Appeal in the *Indofood* case, decided in 2006,¹³¹ were equally based on a substance over form interpretation of beneficial ownership. The case concerned the public issuance of an interest-bearing note by the Mauritius subsidiary of an Indonesian resident company, Indofood. The company wanted

¹²⁶ The Savings Agreement entered into force on 1 July 2005. This agreement was renamed as of 1 January 2017, with a protocol dated 27 May 2015, and partially altered (Amending Protocol of 27 May 2015 to the Agreement between Switzerland and the European Community providing for measures equivalent to those laid down in EC Council Directive 2003/48 on taxation of savings income in the form of interest payments, AS 2016 5003; Agreement between the Swiss Confederation and the European Union on the automatic exchange of financial account information to improve international tax compliance [hereafter EU-AIA, SR 0.641.926.81]), see A AG v Federal Tax Administration, 20 ITLR 625, 648-649.

¹²⁷ A AG v Federal Tax Administration, 20 ITLR 625.

¹²⁸ A AG v Federal Tax Administration, 20 ITLR 625, 654-655.

¹²⁹ A AG v Federal Tax Administration, 20 ITLR 625, 655.

¹³⁰ *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v Société Bank of Scotland*, 9 ITLR 683.

¹³¹ *Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch*, 8 ITLR 653.

to proceed with the issuance but in order to avoid Indonesian withholding tax on interest payments, the note was formally issued by a Mauritius company. The proceeds of the issuance were then lent under the same terms and conditions to the Indonesian company which acted as parent guarantor. Under this structure, the sums were thus paid by the parent guarantor to a special purpose vehicle (SPV). Shortly after, the same amount would finally be paid to the UK agent of the noteholders. Yet, Indonesia announced its intention to terminate its DTA with Mauritius. Therefore, in accordance with the agreement, the issuer had contemplated an early redemption of the note.

The connection of this case with UK Courts was unexpected. However, under the agreement, the UK Courts were required to determine whether the redemption of the notes could be avoided by taking a “*reasonable measure*” aiming at reducing the Indonesian withholding tax through the interposition of an SPV in another treaty jurisdiction. For this reason, the Court of Appeal had to examine whether a Dutch SPV, subject to the same terms and conditions than the Mauritius company, could satisfy the beneficial ownership requirement under these circumstances.

The UK Court of Appeal began its analysis by restating the fact that beneficial ownership had been introduced into the 1977 OECD MC in order to prevent treaty shopping: “*The requirement that the recipient of the dividends be the ‘beneficial owner’ (the French version of the Model uses: bénéficiaire effectif – both language versions of the Model are equally authoritative) was added when the text of the Model was revised in 1977, and was added to prevent abuse in the form of treaty-shopping*”.¹³² Secondly, relying on the OECD Commentary and on the opinion of Baker, the Court confirmed that beneficial ownership is a term which ought to receive an “*international fiscal meaning*”.¹³³ Thirdly and perhaps most important, the court held that beneficial ownership was to be assessed on the basis of the “*substance of the matter*”.¹³⁴ Following this reasoning, the Court arrived at the conclusion that the SPV could not be the beneficial owner as it could not “*derive any direct benefit from the interest payable by its Parent Guarantor*”. Indeed, under the agreements, the SPV would be “*bound to pay on the Principal Agent that which it receives from the Parent Guarantor*”. In other words, the SPV was simply regarded as an administrator of the income received.¹³⁵

¹³² Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch, para. 34, 8 ITLR 653, 671.

¹³³ Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch, para. 42, 8 ITLR 653, 674.

¹³⁴ Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch, para. 44, 8 ITLR 653, 675.

¹³⁵ Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch, para. 44, 8 ITLR 653, 675: “*In both commercial and practical terms the Issuer is, and Newco would be, bound to pay on to the Principal Paying Agent that which it receives from the Parent Guarantor. This is recog-*

The subsequent reading of the Indofood case by HMRC is also interesting as, in essence, it states that the international fiscal meaning of beneficial ownership only applies in the case of abuse. This is yet another example of the intimate link which courts and tax authorities may choose to establish between the beneficial ownership limitation and the prohibition of abuse. We revert to HMRC's interpretation below.

Finally, another example of economic interpretation of beneficial ownership may also be found in the Spanish *Real Madrid* cases decided in 2006 and 2007.¹³⁶ The cases, which involved the soccer club Real Madrid, concern the payments of royalties to Hungarian entities. Since these entities would in turn transfer almost the full income received to other entities based in the Netherlands or Cyprus, the question to be settled was whether the Hungarian entities could be regarded as the beneficial owners of the Spanish source royalties under the Spain-Hungary DTA. Moreover, the use of Hungarian entities had a clear goal: the tax treaty between Hungary and Spain was a well-known exit route for royalties, since, at that time, it was (together with the tax treaty with Bulgaria) the only tax treaty in the Spanish treaty network with no withholding tax for royalties at source.¹³⁷

The Spanish Court ruled that the Hungarian entities were not the beneficial owners of the royalties, in essence for the following reasons. First of all, the court also confirmed that beneficial ownership is a term that ought to receive an international fiscal meaning. Secondly, the court understood beneficial ownership as a wide anti-avoidance rule aiming at tackling treaty shopping. Further, for the court the 1986 OECD Conduit Report confirms that beneficial ownership must be looked at from an economic perspective. Based on this analysis, the Court concluded that since the Hungarian entities received and immediately paid royalties out to Netherlands or Cypriot companies, they did not

nised by what we were told actually happens now as recorded in paragraph 13 above. The Parent Guarantor is bound to ensure that such an arrangement continues lest it is required to pay again under its guarantee to the noteholders contained in the Trust Deed. In practical terms it is impossible to conceive of any circumstances in which either the Issuer or Newco could derive any 'direct benefit' from the interest payable by the Parent Guarantor except by funding its liability to the Principal Paying Agent or Issuer respectively. Such an exception can hardly be described as the 'full privilege' needed to qualify as the beneficial owner, rather the position of the Issuer and Newco equates to that of an 'administrator of the income'".

¹³⁶ AN, 18 July 2006, JUR\2006\204307, JUR\2007\8915 and JUR\2007\16549, AN, 10 Nov. 2006, JUR\2006\284679, AN, 20 July 2006, JUR\2007\16526, AN, 13 Nov. 2006, JUR\2006\284618 and AN, 26 Mar. 2007, JUR\2007\101877 quoted by MARTÍN JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership as a Broad Anti-Avoidance Provision*, p. 128 et seq.

¹³⁷ We are relying here on the factual description by MARTÍN JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership as a Broad Anti-Avoidance Provision*, pp. 128-129.

have any control over the income and, therefore, were not the beneficial owners of the income they had derived.¹³⁸

Among many others, decisions favouring a similar interpretation have also been reported in Austria¹³⁹ and Denmark.¹⁴⁰

c) Legal interpretation: the Canadian *Prévost* and *Velcro* cases

The *Prévost* and *Velcro* cases which are discussed hereunder are of course the most emblematic examples of the legal interpretation of beneficial ownership.

aa) *Prévost*

In the *Prévost* case, the Canadian Tax court¹⁴¹ and the Federal court of appeal¹⁴² ruled that a Dutch holding company (“*PH B.V.*”) was the beneficial owner of dividends paid by its Canadian subsidiary (*Prévost Car*) despite the fact that these profits were immediately distributed to its Swedish (Volvo, 51 %) and UK (Henlys, 49 %) shareholders. This distribution policy stemmed from a shareholders’ agreement.¹⁴³ *PHB.V.* had no employees in the Netherlands and its registered office was in the premises of a local trust company. Moreover, its participation in *Prévost Car* was its sole investment.¹⁴⁴ The board of directors of *PHB.V.* was composed of the directors of *Prévost*. These directors frequently discussed *PHB.V.*’s affairs, including future declarations and payments of dividends.¹⁴⁵ At some point in time, the board of directors of *PHB.V.* had executed a power of attorney in favour of a trust company to allow it to transact business on a limited scale on behalf

¹³⁸ In the absence of an English translation of these cases, I am relying here on the findings of the Court as they are summarized by MARTÍN JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership as a Broad Anti-Avoidance Provision*, pp. 130-131.

¹³⁹ *N AG v Regional Tax Office for Upper Austria*, 2 ITLR 884.

¹⁴⁰ See for example Decision of 22 December 2010, Case 09-00064 / SKM No. 2011.57, Tax Treaty Case Law IBFD (Summary) and Decision of 25 May 2011, Case 09-03189 / SKM No. 2011.485, Tax Treaty Case Law IBFD (Summary) concerning the 1996 Denmark-Sweden DTA.

¹⁴¹ *Prévost Car Inc v R*, 10 ITLR 736.

¹⁴² *Prévost Car Inc v R*, 11 ITLR 757.

¹⁴³ *Prévost Car Inc v R*, para. 12, 10 ITLR 736, 742. The shareholders’ agreement provided inter alia that: “*not less than 80 percent of the profits of the appellant and PHB.V. and their subsidiaries, if any, (together called the ‘Corporate Group’) were to be distributed to the shareholders. The distribution of the profits was subject to the Corporate Group having sufficient financial resources to meet its normal and foreseeable working capital requirements at the time of payment unless the shareholders otherwise agreed. Amounts were to be distributed by way of dividend, return of capital or loan. The distribution for a fiscal year was to be declared and paid to shareholders ‘as soon as practicable’ after the end of the fiscal year.*”.

¹⁴⁴ *Prévost Car Inc v R*, para. 25, 10 ITLR 736, 745.

¹⁴⁵ *Prévost Car Inc v R*, para. 12, 10 ITLR 736, 742.

of PHB.V.¹⁴⁶ It appears from the facts that this power of attorney was designed to allow the trust company to arrange for the execution of payment orders in respect of interim dividend payments decided by PHBV in favour of its shareholders.¹⁴⁷

Justice Rip held that for the purpose of the Canada-Netherlands DTA: “[...] the ‘beneficial owner’ of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short the dividend is for the owner’s own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income”. As a result, “Where an agency or mandate exists or the property is in the name of a nominee, one looks to find on whose behalf the agent or mandatory is acting or for whom the nominee has lent his or her name”.¹⁴⁸ Like the current OECD commentaries,¹⁴⁹ it was also emphasized that beneficial ownership should be distinguished from ultimate beneficial ownership.¹⁵⁰ Piercing the corporate veil remains however exceptionally possible where it is established that: “the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients”.¹⁵¹

In the present instance, however, Justice Rip found that the Dutch holding company was the beneficial owner of the Canadian source dividends. First of all, there was “no evidence that the dividends from Prévost were *ab initio* destined for Volvo and Henlys with PHB.V. as a funnel of flowing dividends from Prévost. There was no predetermined or automatic flow of funds to Volvo and Henlys even though Henlys’ representatives were

¹⁴⁶ Prévost Car Inc v R, para. 24, 10 ITLR 736, 745.

¹⁴⁷ Prévost Car Inc v R, para. 24, 10 ITLR 736, 742.

¹⁴⁸ Prévost Car Inc v R, para. 100, 10 ITLR 736, 767; Prévost Car Inc v R, para. 13, 11 ITLR 757, 767-768.

¹⁴⁹ 2014 OECD Commentary, para. 12.6 ad art. 10: “it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise ‘ultimate’ effective control over a legal person or arrangement”.

¹⁵⁰ Prévost Car Inc v R, para. 100, 10 ITLR 736, 767; Prévost Car Inc v R, para. 13, 11 ITLR 757, 767-768: “When the Supreme Court in Jodrey stated that the ‘beneficial owner’ is one who can ‘ultimately’ exercise the rights of ownership in the property, I am confident that the Court did not mean, in using the word ‘ultimately’, to strip away the corporate veil so that the shareholders of a corporation are the beneficial owners of its assets, including income earned by the corporation. The word ‘ultimately’ refers to the recipient of the dividend who is the true owner of the dividend, a person who could do with the dividend what he or she desires. It is the true owner of property who is the beneficial owner of the property”.

¹⁵¹ Prévost Car Inc v R, para. 100, 10 ITLR 736, 767; Prévost Car Inc v R, para. 13, 11 ITLR 757, 767-768.

trying to expedite the process".¹⁵² Secondly, the Shareholders' Agreement on which the dividend policy was founded was not binding on the Dutch entity.¹⁵³ Finally, PHB.V had full enjoyment and control over the dividends received and could use these dividends as it wishes.¹⁵⁴

As a result, both the Canadian Tax court and the Federal court of appeal ruled in favour of the taxpayer and considered that the Dutch holding company was the beneficial owner of the Canadian source dividends and, for this reason, was entitled to tax treaty benefits.

bb) *Velcro*

The reasoning followed in *Prévost* was subsequently applied in the *Velcro* case which involved a royalty structure with base eroding payments. In this case, beneficial ownership was also upheld even though a company established in the Netherlands was under the obligation to transfer approximately 90 % of the royalties received to a company based in the Netherlands Antilles. The court focused in particular on the fact that the royalties were commingled with other funds of the Dutch entity: "*There was no pre-determined flow of funds. What there is a contractual obligation by VHBV to pay to VIBV a certain amount of monies within a specified time frame. These monies are not necessarily identified as specific monies, they may be identified as a percentage of a certain amount received by VHBV from VCI, but there is no automated flow of specific monies because of the discretion of VHBV with respect to the use of these monies*".¹⁵⁵ Further, the court also relied on the fact that: "*it is not 100 % of the royalties amount that are paid to VIBV but only approximately 90 %. The other 10 % is subject to the discretionary use, enjoyment, and control of VHBV*".¹⁵⁶

cc) *Critical thoughts*

The *Prevost* and *Velcro* cases were undoubtedly decided on the basis of a legal interpretation of beneficial ownership. This being said, as a number of commentators have pointed out, several factual and legal uncertainties continue to surround these decisions which

¹⁵² *Prévost Car Inc v R*, para. 102, 10 ITLR 736, 768.

¹⁵³ *Prévost Car Inc v R*, para. 104, 10 ITLR 736, 768: "*I cannot find any obligation in law requiring PHB.V. to pay dividends to its shareholders on a basis determined by the Shareholders' Agreement. When PHB.V. decides to pay dividends it must pay the dividends in accordance with Dutch law*".

¹⁵⁴ *Prévost Car Inc v R*, para. 105, 10 ITLR 736, 769: "*the monies represented by the dividend continue to be property of, and is owned solely by, PHB.V. The dividends are an asset of PHB.V. and are available to its creditors, if any. No other person other than PHB.V. has an interest in the dividends received from Prévost. PHB.V. can use the dividends as it wishes and is not accountable to its shareholders except by virtue of the laws of the Netherlands*".

¹⁵⁵ *Velcro Canada Inc v R*, para. 45, 14 ITLR 613, 633.

¹⁵⁶ *Velcro Canada Inc v R*, para. 43, 14 ITLR 613.

undermine their outcome and their relevance as appropriately reflecting the international fiscal meaning of beneficial ownership.

Turning first to the *Prévost* case, the reasoning followed by the court could at first sight suggest that practically any holding company redistributing its profits to its shareholders qualifies as the beneficial owner. In our opinion, this is not how the decision of the court should be understood. Rather, the court reserved the presence of a conduit arrangement where the distributing company has “*absolutely no discretion as to the use or application of funds*”¹⁵⁷ and there is “*a predetermined or automatic flow of funds*”.¹⁵⁸ Presumably, in accordance with the legal interpretation of beneficial ownership, this could be case if, for instance, the corporate interests of the conduit entity are ignored and its apparent right to own, enjoy and make use of its income is akin to a sham arrangement. From this perspective, some elements of the facts could have deserved further consideration for the purpose of establishing the legal reality of the arrangements put in place. The facts submitted to the court indeed suggest that, in some instances, amounts had been transferred by the holding company without a proper resolution by its directors.¹⁵⁹ Moreover, in the documentation provided to its banker, PHB.V had declared that the shares of its Canadian subsidiary were beneficially owned by its Swedish and UK shareholders. For the court, this was “*at least sloppy maintenance of corporate records but also could be an indication of something more significant. Minutes of a meeting of shareholders of Prévost held on May 9, 2002 however do state that the shareholder of Prévost is PHB.V*”.¹⁶⁰

The second element which may have driven the findings of the Court in *Prévost* relates to the specific Canadian tax treaty policy background when the case was decided. During the fiscal years concerned, the DTA concluded between Canada and the Netherlands provided, in line with the OECD MC, for a 5 % residual tax rate on dividends. By contrast, under the tax treaties concluded with the states of residence of PHB.V, Sweden and the United Kingdom, the withholding tax rate on dividends was only reduced to respectively 10 % and 15 %.¹⁶¹ While the interposition of an entity in the Netherlands had thus clearly increased possible tax treaty benefits, Canadian tax treaty policy was at the time

¹⁵⁷ *Prévost Car Inc v R*, para. 100, 10 ITLR 736, 767; *Prévost Car Inc v R*, para. 13, 11 ITLR 757, 767.

¹⁵⁸ *Prévost Car Inc v R*, para. 102, 10 ITLR 736, 768.

¹⁵⁹ *Prévost Car Inc v R*, para. 100, 10 ITLR 736, 744: “*On February 27, 1996 Mr. Brian Chivers, Finance Director of Henlys, wrote to Volvo stressing the importance that Volvo and Henlys agree to a regular dividend stream before the next directors meeting of Prévost. Henlys was always pressing for quick payment of dividends since it required money to service the loan it undertook to finance its purchase of Prévost or, more accurately, its purchase of PHB.V. In one instance \$5,684,523 was transferred to Henlys on fax instructions by Mr. Chivers without a resolution of the managing directors of PHB.V. having been signed*”.

¹⁶⁰ *Prévost Car Inc v R*, para. 16, 10 ITLR 736, 742.

¹⁶¹ ARNOLD, *Beneficial Ownership*, p. 43.

in a transitional phase with the DTAs with Sweden and the United Kingdom being renegotiated. An exchange of emails between senior officials of Canada Revenue Agency and Finance Canada, reproduced by Ward in a research report prepared for the Advisory Panel on Canada's System of International Taxation, provides a useful insight in this respect. One of these emails mentions for example that: "*Given that we were negotiating with Sweden and UK at this time and our apparent willingness to provide the 5 percent rate as a matter of policy in any new treaty, I think it will be difficult for a court to smell the nastiness of this scheme by two multinationals resident in treaty countries, to avail themselves of the policy rate*".¹⁶²

For this reason, some Canadian leading scholars have concluded that the decision in *Prévost* makes sense in "*policy and practical terms*".¹⁶³ Therefore, one may at least wonder whether the outcome of the case would have been different had, for example, PHB.V been instead owned by two offshore shareholders with which Canada had not concluded any DTA.

The question is legitimate as the reasoning in the *Velcro* case, completely based on the *Prévost* reasoning, has been heavily criticized by leading Canadian scholarly writing. Arnold observes for example that relying on the fact that treaty protected income is: "*commingled with other funds*" to uphold beneficial ownership is inconsistent with what the OECD Commentaries says about "*a conduit company not being the beneficial owner 'if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties'*". On the facts, *VHBV* was contractually obligated to pay to *VIBV* the amount of the royalties received from *Velcro Canada* (net of Canadian withholding tax) within 30 days. *VHBV* had the discretionary use, control and risk of the royalties received for 30 days, subject to the obligation to pay the same amount to *VIBV*. Therefore, there appears to be a strong argument that *VHBV* had 'very narrow powers' with respect to the royalties received".¹⁶⁴ Secondly, the idea that the Dutch holding received 100 % of the royalties and only paid out a corresponding amount of 90 % appears to have been based on a misunderstanding of the facts by the Court. Indeed, given that a 10 % withholding tax had been levied on the Canadian source royalties, only 90 % of these royalties was available to be paid out by the Dutch entity. Therefore, contrary to what the court found, the Dutch company did not have discretionary use of 10 % of the royalties and in fact paid out the entire amount. Seen in this fashion, "*the arrangement*

¹⁶² WARD, Treaty Benefits, p. 47, Attachment B.

¹⁶³ ARNOLD, Beneficial Ownership, p. 43.

¹⁶⁴ ARNOLD, Beneficial Ownership, p. 47.

looks like an artificial conduit arrangement".¹⁶⁵ Therefore, Arnold concludes that: "*although the decision is clearly wrong in my opinion, the government did not appeal*".¹⁶⁶

Finally and more fundamentally, the problem with *Prévost* and *Velcro* is the fact that it is very doubtful whether the reasoning adopted in these cases was really founded on the international fiscal meaning of beneficial ownership, as conveyed by the OECD commentaries and 1986 Conduit Report. The Canadian Tax Court and Federal Court of Appeal certainly referred to the 1977 OECD Commentary and, in line with the position defended in the present opinion, confirmed that the OECD 1986 Conduit Report and 2003 update of the Commentary were only clarifying the original meaning of beneficial ownership.¹⁶⁷

At the same time, however, it is unclear whether the Court really relied on these materials for the purpose of arriving at its decision. In his report to the Canadian Advisory Panel Ward notes that: "*In fact, in Prévost Car, the Tax Court of Canada did not apply this expanded explanation of the term 'beneficial owner' even though it referred extensively to the Conduit Companies Report and the recent commentaries [...] the apparent reluctance of the court to adopt the narrower interpretation of beneficial owner arising out of the Conduit Companies Report and now in the commentary on Article 10 of the OECD Model which would have required a substance-over-form or an economic approach to be taken to determine the facts*".¹⁶⁸ In other words, according to Ward a proper application of OECD principles would have required the court to apply instead "*a substance-over-form or an economic approach*" which was not the case as the Court applied instead a legal interpretation.

In fact, the following passage of the *Prévost* clearly indicates that a Canadian meaning of beneficial ownership was at least predominantly favoured: "*I am being asked to determine what the words 'beneficial owner' and 'bénéficiaire effectif' (and the Dutch equivalent) mean in Article 10(2) of the Tax Treaty. Article 3(2) of the Tax Treaty requires me to*

¹⁶⁵ ARNOLD, Beneficial Ownership, p. 47.

¹⁶⁶ ARNOLD, Beneficial Ownership, p. 48.

¹⁶⁷ *Prévost Car Inc v R*, para. 96, 10 ITLR 736, 765: "*The Commentary for Article 10(2) of the Model Convention explains that one should look behind 'agents and nominees' to determine who is the beneficial owner. Also, a 'conduit' company is not a beneficial owner. In these three examples, the person the agent, nominee and conduit company never has any attribute of ownership of the dividend. The 'beneficial owner' is another person*" and 742: "*I therefore reach the conclusion, that for the purposes of interpreting the Tax Treaty, the OECD Conduit Companies Report (in 1986) as well as the OECD 2003 Amendments to the 1977 Commentary are a helpful complement to the earlier Commentaries, insofar as they are eliciting, rather than contradicting, views previously expressed. Needless to say, the Commentaries apply to both the English text of the Model Convention ('beneficial owner') and to the French text ('bénéficiaire effectif')*".

¹⁶⁸ WARD, Treaty Benefits, pp. 17-18.

look to a domestic solution in interpreting ‘beneficial owner’. The OECD Commentaries on the 1977 Model Convention with respect to Article 10(2) are also relevant”.¹⁶⁹

In the end, therefore, it seems that *Prévost* and *Velcro* were decided on the basis of the Canadian law meaning of beneficial ownership. As mentioned by Arnold: “*Although in both the Prévost Car and Velcro cases the Tax Court did not deal explicitly with the question of which country’s meaning of beneficial owner should apply, the Court clearly applied the meaning under Canadian law [...]. However, the application of the domestic-law meaning of the country in which the payer is resident is not self-evident [...]. In addition, the recent OECD proposals to revise the Commentary dealing with beneficial ownership suggest that the ‘beneficial owner’ should have an autonomous treaty meaning rather than a domestic law meaning*”.¹⁷⁰

Therefore, the *Prévost* and *Velcro* decisions do not in our opinion appropriately reflect the international and autonomous fiscal meaning of beneficial ownership conveyed by the 1977 OECD Commentary and the 1986 Conduit Report.

4. Meaning of beneficial ownership in the CJEU judgments on directive shopping

As indicated, it is not the purpose of the present contribution to discuss the meaning of beneficial ownership given by the CJEU its recently decided cases on directive shopping.¹⁷¹ However, as a short excursus, we wish to make a few observations which may be useful from a tax treaty perspective.

First of all, it is remarkable that in its judgement relating to the IRD case, the CJEU favoured an economic interpretation of beneficial ownership. Of course, this conclusion was also supported by the text of the directive.¹⁷² The CJEU concludes based on a reading of the directive in different languages that: “*the use of those various expressions underscores that the term ‘beneficial owner’ concerns not a formally identified recipient but rather the entity which benefits economically from the interest received and accordingly has the power freely to determine the use to which it is put*”.¹⁷³ However, according to the Court, on this point the directive “*draws upon Article 11 of the OECD 1996*

¹⁶⁹ *Prévost Car Inc v R*, para. 95, 10 ITLR 736, 765.

¹⁷⁰ ARNOLD, *Beneficial Ownership*, pp. 48-49.

¹⁷¹ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases); CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases).

¹⁷² DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 5.4.1. See art. 1(4) IRD: “*A company of a Member State shall be treated as the beneficial owner of interest or royalties only if it receives those payments for its own benefit and not as an intermediary, such as an agent, trustee or authorised signatory, for some other person*”.

¹⁷³ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 89.

*Model Tax Convention and pursues the same objective*¹⁷⁴ and “it is clear from the development [...] of the OECD Model Tax Convention and the commentaries relating thereto that the concept of ‘beneficial owner’ excludes conduit companies and must be understood not in a narrow technical sense but as having a meaning that enables double taxation to be avoided and tax evasion and avoidance to be prevented”.¹⁷⁵

Secondly, in both the IRD and PSD cases, the OECD Commentary on beneficial ownership – more specifically the language of its 2014 update – although not mentioned expressly resonates again when the Court attempts to provide indicators of what constitutes an abusive artificial conduit arrangement. These implicit references to beneficial ownership fuel the controversial relation between this limitation and the general prohibition of abuse as discussed below. However, the way in which the CJEU refers implicitly to the 2014 OECD Commentary casts further doubts on its exact meaning when it comes to the existence of a legal or factual obligation to transfer the treaty protected income. The Court indeed notes that: “such indications are capable of being constituted not only by a contractual or legal obligation of the company receiving interest to pass it on to a third party but also by the fact that, ‘in substance’ [...] without being bound by such a contractual or legal obligation, does not have the right to use and enjoy those sums”.¹⁷⁶ It has been observed that this statement goes beyond the 2014 OECD Commentary a reasonable reading of which suggests that the facts may only be used to prove the existence of a legal obligation.¹⁷⁷ As shown, however, the problem lies in the fact that the 2014 OECD Commentary is not perfectly clear on this point.

In sum, therefore, the CJEU’s findings, although not directly dealing with tax treaty law, add up to the current trend of construing beneficial ownership in tax treaty practice on the basis of a substance over form approach while, at the same time, fuelling the controversy as regards the exact meaning of beneficial ownership under the 2014 OECD Commentary.

5. Debate on legal versus substance-oriented interpretation

In scholarly writing there is also a corresponding discussion as regards the way in which beneficial ownership should be tested at the level of the conduit company.

Some authors argue that the question should be settled from a legal perspective.¹⁷⁸ For instance, du Toit has argued that a conduit company is not the beneficial owner only

¹⁷⁴ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 90.

¹⁷⁵ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 92.

¹⁷⁶ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 132.

¹⁷⁷ CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, pp. 498-499; DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 5.4.1.

¹⁷⁸ See for example DE BROE, Prevention of Abuse, p. 723; DU TOIT, Beneficial Ownership, p. 228.

where it has a legal or contractual obligation to pay the specific income it receives.¹⁷⁹ By contrast, several other commentators¹⁸⁰ hold the view that the existence of beneficial ownership should be determined on the basis of a substance over form approach. VOGEL has consistently maintained that: “*the old dispute of form versus substance should be decided in favor of substance*”.¹⁸¹ This interpretation is in particular supported by the meaning of the French term “*effectif*” used in the French version of the OECD MC (“*bénéficiaire effectif*”).¹⁸² Accordingly, “*the fetters that exclude beneficial ownership may be legal or merely factual (effectif)*”.¹⁸³ VOGEL regards economic control as the most important attribute to ascertain beneficial ownership. Accordingly, for this commentator the beneficial owner is the person: “[...] *who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both*”.¹⁸⁴

We have expressed our view on the meaning of beneficial ownership in several publications.¹⁸⁵ In our opinion, beneficial ownership focuses exclusively on the intensity of the ownership attributes enjoyed by the recipient of the income. The literal meaning of the term “*effectif*” used in the French version of the OECD MC reveals indeed, as VOGEL has argued, that beneficial ownership should be tested on the basis of a substance over form analysis. We have therefore submitted that in a tax treaty context the beneficial owner refers to the person who legally, economically or factually has the power to control the attribution of the income.¹⁸⁶ In essence, the core element of this definition is the actual control of the recipient over the income received and the effective ability to freely decide on whether such income is to be transferred to a third person. Under this analysis

¹⁷⁹ DU TOIT, Beneficial Ownership, p. 228.

¹⁸⁰ See for example others VOGEL 1997, p. 562, n° 9; KEMMEREN, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Preface to Articles 10 to 12, N 47; BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner, p. 136; HELMINEM, GTTC ad Article 11 (2018), sec 6.1.1.

¹⁸¹ VOGEL 1997, p. 562, n° 8.

¹⁸² VOGEL 1997, p. 562, n° 10.

¹⁸³ VOGEL 1997, p. 562, n° 10.

¹⁸⁴ VOGEL 1997, p. 562, n° 9; BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner, p. 410 equally supports the substance over form analysis. For this author, a conduit company may not be regarded as the beneficial owner if, not only from a legal but also a factual perspective, it is under the obligation to forward the income it receives to another person. For such an obligation to exist, there must be a legal or factual interdependence between the income received and paid out by entity (BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner, p. 410). Such factual interdependence exists where, for example, a conduit company distributes all the income it receives without taking into consideration its own interest in terms of strategy as well as liquidity and investment planning (BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner, p. 136).

¹⁸⁵ See among others, DANON, le concept de bénéficiaire effectif, pp. 38-55; DANON, Thesis, pp. 326-347.

¹⁸⁶ DANON, Thesis, p. 340.

an entity will not be regarded as the beneficial owner only where, from an economic standpoint, its position is comparable to that of an agent or nominee. The references made by the OECD 1986 Conduit Report and 2003 commentaries to income “*economically*” benefiting to a person¹⁸⁷ or to a person “*who in fact*” receives the benefit while the conduit company has “*as a practical matter*”, very narrow powers,¹⁸⁸ confirms this interpretation. By contrast, it is unclear whether, and if so to what extent, the 2014 OECD Commentary has actually reversed this interpretation. These commentaries state indeed that beneficial ownership may also be denied where the intermediary is subject to an obligation which is: “*found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person*”.¹⁸⁹ As discussed, it is debatable whether the OECD intended to narrow the discussion to the existence of unwritten legal obligations stemming from the facts or whether the foregoing passage is an incarnation of a substance over form analysis. When implicitly referring to the 2014 OECD Commentary, the CJEU in its recent decisions on directive shopping, as shown, continue to fuel this controversy.

6. Reconciling common denominator: legal substance

In light of the foregoing considerations, an important question arising is whether the legal and substance over form interpretations of beneficial ownership are so far apart that they are likely to produce fundamental different results in cases involving conduit structures. This conclusion could *prima facie* be reached if one compares the outcome in *Prévost* with the majority of cases in which courts have favoured a more economic interpretation of beneficial ownership. In our opinion, this perception should be nuanced assuming of course that what constitutes a legal interpretation of beneficial ownership is properly applied. A legal interpretation of beneficial ownership does indeed not exclude an analysis based on legal substance. In fact, none of the commentators who argue in favour of a legal interpretation consider that the existence of a formal or written obligation is a prerequisite to deny beneficial ownership.¹⁹⁰ Rather, a conduit company should equally not be regarded as the beneficial owner where the facts reveal that the income it receives is subject to an implied contractual obligation (typically an agency agreement).¹⁹¹ As observed by du Toit: “*It was concluded that a formal agency agreement is not prerequisite for exclusion from beneficial ownership. All other persons, who may be called by many different names who act in a similar representative capacity and whose*

¹⁸⁷ OECD, Conduit Report, para. 14, p. 8.

¹⁸⁸ 2003 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 10.

¹⁸⁹ 2014 OECD Commentary, para. 12.4 ad art. 10.

¹⁹⁰ DU TOIT, Beneficial Ownership, p. 229.

¹⁹¹ As observed by DU TOIT, Beneficial Ownership, p. 229.

weight of ownership attributes held less than that of another person (the beneficial owners) are excluded. Even though the application of the ownership attributes test does not, in the first place, involve an investigation as to whether an agency or other representative relationship is present, it follows that if it can be proven that such relationship does exist, it is conclusive evidence that such person is not a beneficial owner".¹⁹² In the same vein, the legal interpretation also implies that beneficial ownership should be denied if the conduit entity has no right to dispose of the income, assets or claims but is compelled to follow the instructions of its creditor/shareholder,¹⁹³ irrespective of its own corporate interests and the arrangement in place is a sham. In these instances, the conduit entity would then be regarded as an agent or nominee.¹⁹⁴

This being said, when dealing with conduit cases – particularly in the framework of the beneficial ownership limitation - courts rarely seriously investigate the existence of a sham (or simulation) despite the fact that these notions are common to the legal systems of most OECD member states and that their application in a tax treaty context is uncontroversial as it relates to the establishment of the facts. An exception is which this point was addressed more clearly was the Argentinean Molinos case.¹⁹⁵ The case involved an intermediary holding company simply redistributing all of its income. The Court held: *"Although the present case is not in any manner a fiduciary one, the parties here behave in a similar way to actors in the [fiduciary context], leaving aside all type of fiduciary property or separated property, which is evident, since [this case] is not about the incorporation of a trust. Thus, once the dividends were received by the intermediary (Holding), this latter transferred the dividends to the parent [Molinos Argentina], which we assimilate to the 'settlor', and now we also must consider as 'beneficial owner' of such dividends*".¹⁹⁶ JIMÉNEZ also draws a similar link with the sham and simulations exceptions: *"If one steps back for a moment and thinks about the outcome of the cases [...], it is difficult to conclude that the Hungarian companies in the Spanish cases,¹⁹⁷ Luxco in the Swiss V SA¹⁹⁸ or the intermediate Mauritian/Netherlands company in Indofood¹⁹⁹ are*

¹⁹² DU TOIT, Beneficial Ownership, p. 229.

¹⁹³ DE BROE, Prevention of Abuse, p. 723.

¹⁹⁴ DE BROE, Prevention of Abuse, p. 723.

¹⁹⁵ Molinos Rio de la Plata SA v Revenue Service, 16 ITLR 616, 672.

¹⁹⁶ Molinos Rio de la Plata SA v Revenue Service, 16 ITLR 616, 672.

¹⁹⁷ Referring to the so-called "*Real Madrid cases*" AN, 18 July 2006, JUR\2006\204307, JUR\2007\8915 and JUR\2007\16549, AN, 10 Nov. 2006, JUR\2006\284679, AN, 20 July 2006, JUR\2007\16526, AN, 13 Nov. 2006, JUR\2006\284618 and AN, 26 Mar. 2007, JUR\2007\101877 quoted by MARTÍN JIMÉNEZ, Beneficial Ownership as a Broad Anti-Avoidance Provision, p. 128 et seq.

¹⁹⁸ Referring to Re V SA, 4 ITLR 191.

¹⁹⁹ Referring to Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch, para. 44, 8 ITLR 653.

more than agents or nominees from a legal (not economic) point of view. No ‘economic’ or ‘substance over form’ analysis is needed to reach this conclusion, since a recharacterization of the legal relations or the analysis inherent to simulation cases is enough to conclude that what the parties are saying (income can be attributed to the ‘intermediary’) is different from what they in fact do (there is an agency–administration relationship rather than a legal entitlement of the intermediary to the income)’.”²⁰⁰

If one now returns to the facts of the cases decided by the CJEU, Advocate General Kokott made the following interesting observations: “Y Cyprus has no staff and apparently no office premises of its own either. As a result, the company does not incur costs for either staff or premises. Also, the remuneration paid to the members of the management board suggests little activity on their part. Furthermore, asset management activities clearly generated no income of its own for the company. This all appears to be artificial. A natural person would have ceased trading long ago under such circumstances”.²⁰¹ Further “If a validly incorporated company does not even have tangible and human resources at its disposal on site to achieve its object (in this case treasury activities) on its own, there would certainly be cause to see it as an arrangement that does not reflect economic reality. This applies in particular if it is structurally unable to generate income of its own that would enable it to do so”²⁰² and “a legal entity that is passive to the point that any conceivable involvement in transactions is, at most, via third parties and that develops no business of its own from which its own income and costs result is a wholly artificial arrangement”.²⁰³

The features of the conduit entities in these recent cases were remarkably similar those of *A Holding ApS* in the leading case decided by the Swiss Supreme Court in 2005²⁰⁴ to which we shall also revert in the course of our analysis. In these instances, it is submitted that the existence of a sham (simulation) with respect to either the existence of the conduit company itself and/or the artificial ownership of the treaty protected income it derives is plausible. In the affirmative, the analysis of beneficial ownership on the basis of a genuine substance (economic) over form approach or in legal substance converge.

F. Relation between beneficial ownership and abuse of rights

We now explore another issue namely the relation between beneficial ownership and the notion of abuse. We shall see that several configurations have emerged in tax treaty

²⁰⁰ JIMÉNEZ, beneficial ownership, pp. 51-52.

²⁰¹ Case C–117/16 *Skatteministeriet v Y Denmark Aps* [2019], Opinion of AG Kokott, para. 54.

²⁰² Case C–117/16 *Skatteministeriet v Y Denmark Aps* [2019], Opinion of AG Kokott, para. 56.

²⁰³ Case C–117/16 *Skatteministeriet v Y Denmark Aps* [2019], Opinion of AG Kokott, para. 57.

²⁰⁴ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, 8 ITLR 536.

practice which thus add to the uncertainty surrounding the application of the beneficial ownership limitation. In some instances, courts have neglected the beneficial ownership limitation to settle a particular conduit situation on the basis of a prohibition of abuse analysis while, on the facts, it was apparent that the relevant entity was equally not the beneficial owner (1). In other instances, by contrast, the notion of abuse was simply built into the beneficial ownership limitation, either to further expand the scope of beneficial ownership or, by contrast, to exclude its application in the absence of abuse (2).

1. Neglecting beneficial ownership for a prohibition of abuse analysis

a) General Observations

An overwhelming majority of commentators,²⁰⁵ including the present author²⁰⁶ have supported the idea that tax treaties are subject to an implied prohibition of abuse. In essence, this position is based on art. 26 and/or 31 VCLT. VOGEL was one of the first

²⁰⁵ WARD, Abuse of Tax Treaties, p. 180: “in light of the fact that the International Court of Justice has already given recognition to the principle of abuse of rights in interpreting treaties generally, that Article 23 of the Vienna Convention requires parties to a treaty to perform the treaties in good faith, that the principle of abuse of rights has been incorporated into the Convention of the Law of the Sea and, more specifically in a tax context, that anti-abuse principles have developed judicially or been enacted by statute in a great number of countries (albeit with some differences in the frequency of application and in the formulation of the rules and in the labels applied to them), one can say that an anti-abuse rule in taxation matters is one of the general legal principles recognized by civilized nations. From this one may argue that a general anti-abuse doctrine should be recognized by tax administrations and courts generally in interpreting and applying tax treaties”; PROKISCH in Vogel/Lehner, N 117 ad art. 1; ENGELEN, On Values and Norms, p. 36: “in my opinion, it would indeed be unreasonable and unfair in certain situations if contracting States could require each other to perform the treaty also in cases where the conditions laid down for obtaining the benefits from the treaty are created by means of wholly artificial arrangements only set up for the purpose of avoiding tax, and the granting of these benefits would be against the object and purpose of the treaty. [...] [T]he principle of good faith, which is codified in Articles 26 and 31(1) of the Vienna Convention, provides a sound legal basis for the application of the doctrine of *fraus pacti* [...] . [I]t would not be necessary, in my opinion, that support for this is found either in the text of the treaty or in the explanations of the parties”; DE BROE, Prevention of Abuse, pp. 374-375; VOGEL/RUST, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Introduction, N 57, Annex C ad art. 1: “A Contracting State is not obliged to grant treaty benefits in an abusive situation. According to Article 26 VCLT, a treaty has to be performed ‘in good faith’ by the Contracting Parties. Article 31 (1) VCLT states that a treaty has to ‘be interpreted in good faith’ and ‘in the light of its object and purpose’. As a consequence, treaty benefits may be denied although – according to a literal interpretation – the transaction would fall within the ambit of a treaty provision. A substance over form principle should be regarded as inherent in tax treaties”.

²⁰⁶ DANON in Danon *et al.*, N 144 ad art. 1. Contra: VAN WEEGHEL, Improper Use of Tax Treaties, pp. 116-117.

scholars to express this view.²⁰⁷ According to VOGEL treaty law itself embodies a “*substance over form*” principle. Therefore, whether two contracting states have adopted a general prohibition of abuse and, in the affirmative, what constitutes abuse under domestic law is by itself not relevant.²⁰⁸

While they recognize that tax treaties are subject to an implied prohibition of abuse, most commentators are however of the opinion that the notion of abuse should be defined restrictively.²⁰⁹ ENGELEN has argued that a breach of the implied prohibition of abuse requires a wholly artificial arrangement which defeats the principal purpose of the applicable DTA (i.e. promoting the free movement of goods, persons, services and capital by avoiding international double taxation is frustrated).²¹⁰ The notion of wholly artificial is inspired by the settled case law of the CJEU in particular the *Cadbury Schweppes* case²¹¹ and subsequent decisions based on the same principles. According to the ECJ, “*in order to find that there is such an arrangement there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by Community law, the objective pursued by freedom of establishment [...] has not been achieved*”.²¹² Further, for the ECJ: “*This element of artificiality would typically materialize in the case of a ‘letterbox’ or ‘front’ subsidiary*”.²¹³ DE BROE follows a similar reasoning. DTAs should be construed in accordance with art. 31 VLCT to give effect to their object and purpose i.e. the development of international trade, business and investment.²¹⁴ Accordingly: “*a taxpayer does not pursue such objective if he enters into a transaction which does not or only very marginally contributes to the development of such international activity but which is only or predominantly motivated by the desire to derive treaty benefits*”.²¹⁵

²⁰⁷ VOGEL 1991, Introduction, N 121.

²⁰⁸ VOGEL 1991, Introduction, N 122: “*It might be assumed that the ‘threshold’ for application of anti-avoidance rules to DTCs - i.e. for assumption of ‘abuse’, for determining legal consequences according to the substance of an entity or transaction instead of its form - should be derived from the domestic law of the States concerned. In other words, it might be suggested that ‘substance’ instead of ‘form’ should apply under the treaty always when (but only when) both contracting States consider it to be applicable under domestic law [...]. This, however, would imply that contracting States would be forced to take into account very different ‘thresholds’ in applying their various DTCs. The harmonization of treaty law accomplished by using MCs in the past few decades would thus be counteracted by a re-nationalization of treaty application through the various anti-avoidance standards [...]*”.

²⁰⁹ VOGEL 1991, Introduction, N 123.

²¹⁰ ENGELEN, On Values and Norms, p. 36.

²¹¹ CJEU 12 September 2006, Case C-196/04.

²¹² CJEU 12 September 2006, Case C-196/04, para. 64.

²¹³ CJEU 12 September 2006, Case C-196/04, para. 64.

²¹⁴ DE BROE, Prevention of Abuse, pp. 374-375.

²¹⁵ DE BROE, Prevention of Abuse, p. 375.

However, DE BROE submits that a taxpayer only abuses a tax treaty if his “*sole or predominant motive*” to structure a transaction in a particular fashion is to avail himself of the benefits provided for by the treaty and the granting of those benefits in such circumstances would frustrate the object and purpose of the provision of which the taxpayer seeks advantage.²¹⁶

Since 1992, the OECD commentaries have also evolved in the same direction recognizing that substance over form principles are inherent to DTAs. At the time, this position was considered to reflect the view of the majority of member countries.²¹⁷ Moreover, the 1992 OECD Commentary shows that an inherent substance over form approach to counter abusive situations may also be derived directly from a contextual interpretation of a particular treaty provision.²¹⁸ In 2003, this position was further consolidated by the OECD Commentary. The 2003 commentaries confirm indeed that that substance over form approaches may be applied to DTAs,²¹⁹ whether these principles are rooted in domestic law²²⁰ or result from a correct interpretation of the applicable DTA pursuant to art. 31 VCLT. As regards this latter case, the commentaries state that: “*These States, however, then consider that a proper construction of tax conventions allows them to disregard abusive transactions, such as those entered into with the view to obtaining unintended benefits under the provisions of these conventions. This interpretation results from the object and purpose of tax conventions as well as the obligation to interpret them*

²¹⁶ DE BROE, *Prevention of Abuse*, p. 375.

²¹⁷ 1992 OECD Commentary, para. 24 ad art. 1: “*The main problem seems to be whether or not general principles such as ‘substance-over-form’ are inherent in treaty provisions, i.e. whether they can be applied in any case, or only to the extent they are expressly mentioned in bilateral conventions. The dissenting view argues that to give domestic rules precedence over treaty rules as to who, for tax purposes, is regarded as the recipient of the income shifted to a base company, would erode the protection of taxpayers against double taxation (e.g. where by applying these rules, base company income is taxed in the country of the shareholders even though there is no permanent establishment of the base company there). However, it is the view of the wide majority that such rules, and the underlying principles, do not have to be confirmed in the text of the convention to be applicable*”.

²¹⁸ At that time, new commentaries were for instance introduced in relation to treaty abuse involving “*international hiring-out of labour*”. Paragraph 8 of the 1992 commentaries to art. 15 OECD MC (employment income) provide in this respect that international hiring-out of labor has given rise to numerous cases of abuse and “*to prevent such abuse, in situations of this type, the term ‘employer’ should be interpreted in the context of paragraph 2. [...] In this context, substance should prevail over form, i.e. each case should be examined to see whether the functions of employer were exercised mainly by the intermediary or by the user*” (1992 OECD Commentary, para. 8 ad art. 15. See also WARD, *Abuse of Tax Treaties*, p. 177, footnote 12 noting that: “*express support for the application of the ‘substance-over-form’ principle to cases of treaty abuse is mentioned in para. 8 of the Commentary to Article 15 of the 1992 OECD Model*”.

²¹⁹ 2003 OECD Commentary, para. 22 et seq. ad art. 1.

²²⁰ 2003 OECD Commentary, para. 9.2 ad art. 1.

in good faith (see Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties’).²²¹ Both approaches should however comply with a so-called “guiding principle” according to which “the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions”.²²² Under this guiding principle, therefore, tax treaty benefits may be denied where subjective (“a main purpose”) and objective (“more favourable treatment contrary to the object and purpose of the relevant provisions”) requirements are satisfied. There is a discussion in scholarly writing as to whether “main purpose test” reflects an implied prohibition of abuse. Some commentators have indeed argued that a “sole or predominant” test would be more appropriate. As it well known, the guiding principle inspired the PPT which will be discussed. Unlike the 2017 commentaries to the PTT,²²³ the 2003 OECD Commentary do not however describe how the guiding principle (or domestic anti-avoidance rules complying with it) could specifically apply to conduit cases.

With the exception the findings of the Tax Court of Canada in the *MIL (Investments) SA* case,²²⁴ several court decisions around the globe have also endorsed the idea that DTAs are subject to an implied prohibition of abuse. This was the case for instance in the *Yanko-Weiss Holdings* case²²⁵ decided in 2007 the District Court of Tel Aviv.

b) The Swiss *A Holding ApS* case

This being said, the decision which best illustrates the application of the implied prohibition of abuse to a conduit case is certainly the *A Holding ApS* case decided by the Swiss Federal Supreme Court in 2005.²²⁶ This case concerned a Danish holding company (*A Holding ApS*) which was wholly owned by a company in Guernsey (*C Ltd*), the latter being in turn controlled by a Bermuda shareholder (*D Ltd*). In 1999, *A Holding ApS* acquired the share capital of a Swiss subsidiary (*W SA*) which represented its only asset.

²²¹ 2003 OECD Commentary, para. 9.3 ad art. 1.

²²² 2003 OECD Commentary, para. 9.5 ad art. 1.

²²³ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

²²⁴ *MIL (Investments) SA v Canada*, 9 ITLR 29, 52: “In particular, in light of the OECD commentary and the decision by Canada and Luxembourg not to include an explicit reference to anti-avoidance rules in their carefully negotiated treaty, I find there is no ambiguity in the treaty permitting it to be construed as containing an inherent anti-abuse rule. Simply put, the ‘ordinary meaning’ of the treaty allowing the appellant to claim the exemption must be respected”. See also Tax Court of Canada and Federal Court of Appeal, 9 ITLR 1111. For a critical discussion of this case, see among others DUFF, Responses to Treaty Shopping, pp. 93-94; ARNOLD, Beneficial Ownership, p. 49.

²²⁵ *Yanko-Weiss Holdings 1 (1996) Ltd v Holon Assessing Office*, 10 ITLR 524.

²²⁶ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, 8 ITLR 536.

The director and ultimate shareholder of these entities was also a resident of Bermuda. *A Holding ApS* did not have any premises or any personnel of its own. This was in particular evidenced by the fact that *A Holding ApS* had not booked any other asset, lease or personnel costs in its statutory accounts. It was also apparent from the facts that the director and ultimate shareholder resident in Bermuda was controlling the whole group and performing all management functions. Therefore, *A Holding ApS* was not carrying out any effective activity in Denmark with its day-to-day business and management activities being performed in Bermuda.²²⁷

W SA made a dividend distribution to *A Holding ApS*. Two weeks later, *A Holding ApS* distributed roughly the same amount to Y Ltd in Guernsey. *A Holding ApS* sought to obtain a refund of the Swiss withholding tax on the basis of art. 10 of the Switzerland-Denmark DTA which, at the time, provided that dividends were exclusively taxable in the State of residence. The Federal Supreme Court confirmed the lower court's decision and denied tax treaty benefits on the basis of an implied prohibition of abuse. For the Federal Supreme Court, this implied prohibition of abuse is directly rooted in the customary rules embodied in the VCLT:²²⁸ *"Therefore, good faith, the aim and purpose of a convention are to be taken into account when an international convention is applied. Every contracting state can expect that the other contracting state acts in accordance with these principles (cp art 26 of the Vienna Convention on the Laws of Treaties [...]). This includes the tackling of abuses. Because the prohibition of abuses is part of the principle of good faith. (cp para 9.3 of the OECD-commentary to art 1 of the OECD-model 2003; Rainer Prokisch, in: Klaus Vogel/Moris Lehner, cited above, para 117 to art 1). It prohibits the use of an institute of law against its purpose to realise interests which are not protected by it [...]. Accordingly, the prohibition of an abuse of rights as regards conventions is not only recognised in Switzerland as a general principle of law but also on the European level without being necessary to adopt an explicit provision in the respective convention"*.²²⁹ The Federal Supreme Court also confirmed this conclusion by relying on the OECD commentaries as supplementary means of interpretation and made it very clear that the 2003 OECD Commentary merely clarified an existing

²²⁷ A Holding ApS v Federal Tax Administration, para. 3.6.4, 8 ITLR 536, 561.

²²⁸ A Holding ApS v Federal Tax Administration, para. 3.4.1, 8 ITLR 536, 555: *"When construing and applying a double tax convention one can principally refer to the principles of the Vienna Convention on the Laws of Treaties of 23 May 1969 [...]. This is not prevented by the fact that the double tax convention stems from a time before the Vienna Convention on the Laws of Treaties became legally binding for Switzerland [...]"* and 556 *"A treaty is binding upon the parties and must be performed by them in good faith pursuant to art 26 of the Vienna Convention on the Laws of Treaties. Thus the parties have an agreement which shall be interpreted 'in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose' (art 31 para 1 of the Vienna Convention on the Laws of Treaties)"*.

²²⁹ A Holding ApS v Federal Tax Administration, para. 3.4.3, 8 ITLR 536, 557-558.

international principle. With respect to the existence of an implied prohibition of abuse, the Court made it very clear that the 2003 update of the OECD Commentary merely clarified an existing international principle which also applied to DTAs concluded before 2003.²³⁰

The Federal Supreme Court defined the concept of implied prohibition of abuse by referring to limitations on benefits clauses suggested by the OECD Commentary, namely the “look-through”, “bona fide” and “activity” provisions.²³¹ The Court also referred to the main purpose test clause relating to dividends, interest and royalties which was added in the OECD Commentary in 2003.²³² Based on the foregoing guidance, the Federal Supreme Court concluded that the interposition of *A Holding ApS* in Denmark was indeed abusive. The Court noted first of all that *A Holding ApS*, which was completely administered and controlled by a resident of Bermuda, was not carrying out an effective commercial activity in Denmark²³³ and that it was just a letterbox company.²³⁴ Moreover, *A Holding ApS* was merely passing on to its offshore shareholder the Swiss source dividends it received.²³⁵ Finally, the Federal Supreme Court considered that the outcome would be same under a main purpose test as it was apparent from the facts that a main purpose for the interposition of *A Holding ApS* in Denmark was to take advantage of the Switzerland-Denmark DTA²³⁶ This analysis in effect equates denying tax treaty benefits on the basis of the guiding principle incorporated in the 2003 OECD Commentary. The conclusion would remain the same if, instead, the facts had been considered under a higher threshold of abuse, namely an “artificiality” test. Following the reasoning advocated in particular by Engelen, it is indeed obvious that the interposition of *A Holding ApS* in Denmark represented a wholly artificial arrangement defeating the principal purpose of the Denmark-Switzerland DTA (i.e. promoting the free movement of goods, persons, services and capital by avoiding international double taxation).²³⁷ First of all, *A*

²³⁰ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.4.5, 8 ITLR 536, 558: “According to para 9.4 of the OECD-commentary to art 1 of the OECD-model 2003 it may be regarded as an internationally accepted principle that states do not have to grant advantages of double tax conventions if arrangements have been chosen which constitute an abuse of a convention [...]”.

²³¹ 2003 OECD Commentary, para. 14 and 19 ad art. 1.

²³² 2003 OECD Commentary, para. 21.4 ad art. 1: “The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the [Article 10: ‘shares or other rights’; Article 11: ‘debt-claim’; Articles 12 and 21: ‘rights’] in respect of which the [Article 10: ‘dividend’; Article 11: ‘interest’; Articles 12 ‘royalties’ and Article 21: ‘income’] is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment”.

²³³ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.6.4, 8 ITLR 536, 561.

²³⁴ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.6.4, 8 ITLR 536, 561.

²³⁵ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.6.4, 8 ITLR 536, 561.

²³⁶ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.6.4, 8 ITLR 536, 562.

²³⁷ ENGELEN, On Values and Norms, p. 36.

Holding ApS was not carrying any activity in Denmark. Moreover, the legal construct according to which *A Holding ApS* derived the Swiss source dividends was wholly artificial: these dividends were simply channelled by *A Holding ApS* to its offshore shareholders with the Danish company not exercising any genuine corporate functions. In other words, the arrangement whereby *A Holding ApS* was the “owner” of the dividends it received was akin to a sham.

Therefore, as the structure put in place in the *A Holding ApS* case was found to be abusive, the Federal Supreme Court did not find it necessary to address the issue of beneficial ownership.²³⁸ This is remarkable. First of all, although during the relevant period, the Switzerland-Denmark DTA did not incorporate a beneficial ownership limitation, Swiss case law and several commentators had already argued that such limitation was at any rate implicit in the dividends, interest and royalties articles of all Swiss DTAs. One may thus wonder it would not have been more appropriate to deal first with the application of the beneficial ownership limitation as a condition to access tax treaty benefits and, if necessary, as a second step and subsidiarily only, to consider a possible abuse. In fact, we have argued that that the Federal Supreme Court would have reached the same conclusion by considering that *A Holding ApS* was not the beneficial owner of the dividends it received. On the facts submitted to the Court, *A Holding ApS* exercised no decisional autonomy. In particular, the immediate redistribution of dividends was not the expression of the intermediary entity’s corporate autonomy but rather an arrangement that placed this entity in a position similar to that of an agent or nominee.²³⁹ In fact, this approach was subsequently favoured by the Federal Supreme Court in 2015 when it was again confronted to the Switzerland-Denmark DTA in the context of the Swaps case: beneficial ownership of the Danish bank was first considered and denied so that it was not necessary for the court to address a possible abuse. It is fair to say that since the Swaps case, this order of preference is systematically followed. For instance, in a subsequent decision relation to the Luxembourg-Switzerland DTA, the Federal Supreme Court ruled in that a Luxembourg company, which was established with low equity, employed no personnel, maintained no infrastructure and was financially controlled by its foreign shareholders, could not be regarded as the beneficial owner of the dividends it received.²⁴⁰

²³⁸ *A Holding ApS v Federal Tax Administration*, para. 3.5.3 8 ITLR 536, 559: “*The question as regards the entitlement to use the dividends as an additional criterion can be left open with regard to the following considerations*”.

²³⁹ DANON, *Bénéficiaire effectif*, p. 48 ; BAUMGARTNER, *Das Konzept des beneficial owner*, pp. 136-137 ; OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, N 793, pp. 245-246 (94).

²⁴⁰ Federal Supreme Court decision of 22 Nov. 2015, 2C_752/2014 (preferred equity certificates).

c) Comparison with the CJEU judgments on directive shopping

From a comparative perspective and of course for different reasons, it is interesting to observe that the reasoning of the CJEU in its recent decisions on directive shopping mirrors by contrast the one adopted in the *A Holding ApS* case. The reasoning of the CJEU was indeed structured in such a way that it was in the end unnecessary to address the application of the beneficial ownership limitation.²⁴¹ In essence, the court found that, irrespective of the existence of a specific domestic or agreement-based implementation of anti-abuse provisions, the general principle that abusive practices are prohibited EU law could be relied upon to deny the application of the PSD and IRD.²⁴² Moreover, the Court revisited its findings in the *Kofoed* judgment relating to the merger directive²⁴³ with a view to align it with its case law in VAT matters.²⁴⁴ Accordingly, even where it transpires that national law does not contain rules which may be interpreted in compliance with the reservation of domestic or agreement-based provisions found in the PSD and IRD, the benefits of these directives may still be denied on the basis of the EU notion of prohibition of abuse of rights.²⁴⁵ An in-depth analysis of the judgments of the CJEU²⁴⁶ would of course be beyond the scope of the present contribution which focuses on beneficial ownership from a tax treaty perspective. It is nevertheless interesting to dwell on the indicators that the court provided for the purposes of detecting the existence

²⁴¹ See CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 121; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 93 and 94; ZALASINSKI, *Beneficial Ownership*, p. 17; CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 494.

²⁴² CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 495. See in particular CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 70-76; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 96-98.

²⁴³ CJEU, 5 July 2007, Case C-321/05, para. 37-42.

²⁴⁴ CJEU, 18 December 2014, Case C-131/13 (joined cases), para. 54; CJEU, 22 November 2017, Case C-251/16, para. 38 et seq.

²⁴⁵ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 117; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 89. See also thereupon CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 496; DE BROE/GOMMERS, *beneficial ownership cases*, sec. 3.1 and 3.2.2. In the mind of the court, the application of this general principle does not amount to imposing an obligation on the individual under the directives but “*is merely the consequence of the finding that the objective conditions required for obtaining the advantage sought, prescribed by the directive as regards that right, are met only formally*”, CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 119; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 91. Scholars have accepted that the prohibition of abuse of rights is today a general principle of Union law (DE BROE/GOMMERS, *beneficial ownership cases*, sec. 3.3). While one might argue that on this point the findings of the CJEU will not have an important practical impact in the future given the recent adoption of GAAR clauses in direct tax directives and, more generally, in light of the GAAR included in ATAD (art. 6) (CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 496) one may at the same time wonder how the general unwritten principle laid down by the court will interact with these recently adopted written GAARs.

²⁴⁶ See DE BROE.

of an abuse of rights within the meaning of its settled case law, in particular the *Emsland-Stärke* case.²⁴⁷ Pursuant to this case law, the CJEU noted that: “*proof of an abusive practice requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved and, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it*”.²⁴⁸ As evidenced by this double test, the notion of abuse under EU law thus comes into play after it has been established that the conditions provided by the directive are satisfied and thus operates as an *ultima ratio*.²⁴⁹

It is therefore on the basis of the foregoing that the court provided its guidance aiming at detecting an abuse of the PSD and IRD.²⁵⁰ Some of the indicators provided by the court are not linked to the beneficial ownership limitation but rather focus on the absence of genuine economic activity by the interposed entity. According to the CJEU, a conduit company may be regarded as an artificial legal construction where it exercises no “*actual economic activity*”²⁵¹ which must: “*in the light of the specific features of the economic activity in question, be inferred from an analysis of all the relevant factors relating, in particular, to the management of the company, to its balance sheet, to the structure of its costs and to expenditure actually incurred, to the staff that it employs and to the premises and equipment that it has*”.²⁵² From this perspective, the reasoning adopted by the CJEU very much mirrors the one adopted by the Federal Supreme Court in the *A Holding ApS* case. Likewise, the difference with a beneficial ownership analysis is also reflected in the fact that, for purposes of determining an abuse of rights, the court considers not just one entity but rather the “*group of companies*”²⁵³ itself which may be regarded as an artificial arrangement “*where it is not set up for reasons that reflect economic reality, its structure is purely one of form and its principal objective or one of its principal objectives is to obtain a tax advantage running counter to the aim or purpose*

²⁴⁷ CJEU, 16 March 2006, Case C-94/05.

²⁴⁸ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 124; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 97. Further, according to the court that would also be the case: “*where the accrual of a tax advantage constitutes the essential aim of the transactions at issue [...]*” (CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 107).

²⁴⁹ DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 3.2.2.

²⁵⁰ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 126; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 100.

²⁵¹ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 131; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 104.

²⁵² CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 131; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 104.

²⁵³ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 127; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 100.

of the applicable tax law”.²⁵⁴ At the same time, however, the concepts of abuse law and beneficial ownership remain intertwined in the court’s analysis.²⁵⁵ Indeed, after the foregoing passage the court adds: “*That is so inter alia where, on account of a conduit entity interposed in the structure of the group between the company that pays interest and the entity which is its beneficial owner, payment of the tax on the interest is avoided*”.²⁵⁶ In fact, other indicators used by the court could well have been used in a pure beneficial ownership analysis. For instance, reference is made to the fact that an interposed entity may be characterized as an artificial conduit where it passes “*all or almost all*”²⁵⁷ of the dividends or interest it receives. On this point, the CJEU seems to give importance to the fact that the conduit: “*makes only an insignificant taxable profit when it acts as a conduit company in order to enable the flow of funds from the debtor company to the entity which is the beneficial owner of the sums paid*”.²⁵⁸ The question of the existence of a profit (“*spread*”) made by the conduit company is often discussed in the context of a beneficial ownership analysis. However, this passage also indirectly refers to the level of risks and functions requiring an appropriate remuneration) assumed by the conduit entity,²⁵⁹ an analysis which one also finds in the commentaries to the PPT.

This being said, the most obvious references to beneficial ownership are made when the CJEU refers to the “*the conduit companies inability to have economic use of the interest received may also be used as indications of such an arrangement*”.²⁶⁰ The court then goes on with what may be clearly be read as an indirect reference to the 2014 commentaries²⁶¹ noting that: “*such indications are capable of being constituted not only by a contractual or legal obligation of the parent company receiving the dividends to pass them on to a third party but also by the fact that, ‘in substance’, as the referring court states, that company, without being bound by such a contractual or legal obligation, does not have the right to use and enjoy those dividends*”.²⁶² On this point, commenta-

²⁵⁴ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 127; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 100.

²⁵⁵ CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 498.

²⁵⁶ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 127; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 100.

²⁵⁷ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 128; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 101.

²⁵⁸ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 130; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 103.

²⁵⁹ DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 4.1.

²⁶⁰ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 132; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 105.

²⁶¹ See 2014 OECD Commentary, para. 12.4 ad art. 10 and CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 492; DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 4.1.

²⁶² CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 132; CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 105.

tors have argued that the reference to the 2014 commentaries is however not fully accurate as the reference made to “*facts and circumstances*” and “*in substance*” by these commentaries is only intended to allow to take into consideration the existence of an unwritten but legal or contractual obligation to pass on the income received. Yet, as we have seen, whether the 2014 commentaries are limited to “*legal substance*” or would also accommodate a substance over form analysis remains unclear.²⁶³

2. Building the notion of abuse rights into beneficial ownership

While, as just discussed, some cases which could have been analyzed on the basis of the beneficial ownership limitation have settled pursuant to an abuse of rights doctrine, in some countries, by contrast, the notion of abuse has been built into the beneficial ownership limitation for various reasons.

In France, a leading example of this trend is of course the *Bank of Scotland* case decided in 2006.²⁶⁴ In his conclusions, the *Commissaire du Gouvernement*, Mr. François Seners, considered in particular that beneficial ownership incorporated the notion of abuse prevention: “*The notion of beneficial or real owner [...] was inserted into the Model Convention of the OECD in 1977 and, according to the commentaries of the Committee for Fiscal Affairs of that organisation, a beneficial owner is a person who acts through the interposition of another legal entity created in a state, with the essential objective of obtaining a reduction in taxation provided for by the treaties concluded by that state to which the person would not have been directly entitled [...]. The notion of beneficial ownership cannot be reduced to cases of transfer of intended benefits and that, by its nature, it encompasses situations of fraud on the law. It appears to me in effect quite natural that the recognition of a fraud on the law leads one to reject the image portrayed by an arrangement [...]. Since it tends to exclude the fiscally advantageous effects of a misleading appearance, the notion of beneficial owner also leads to the neutralisation of situations where the envisaged sums are paid back in one form or another as well as situations where an abusive arrangement has permitted X to be substituted for Y to benefit from treaty advantages, to the detriment of the taxing state*”.²⁶⁵

In Switzerland, as we have seen, a clear distinction is formally made between the beneficial ownership limitation and the notion of abuse. At the same time, in some decisions, courts have conducted a purpose-oriented analysis has been conducted against the tax-

²⁶³ CFE Opinion Statement ECJ-TF 2/2019, p. 492; DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 4.1.

²⁶⁴ *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v Société Bank of Scotland*, 9 ITLR 683.

²⁶⁵ *Commissaire du Gouvernement*, Mr. François Seners, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v Société Bank of Scotland*, 9 ITLR 683, 711 et seq.

payer to confirm the absence of beneficial ownership.²⁶⁶ For example, in a case decided in 2014, the Federal Administrative Court held that, where the interposition of an entity in the state of residence is considered as abusive, there is a presumption that such entity may not be regarded as the beneficial owner.²⁶⁷ In a subsequent decision, the Federal Administrative Court even referred to a purpose alien to treaty benefits, namely the objective to benefit from a favourable regime in Luxembourg.²⁶⁸

In the United Kingdom, the substance over form meaning given to beneficial ownership in the *Indofood* decision²⁶⁹ gave rise to uncertainties, for example in the field of capital market transactions involving SPVs. Therefore, in its guidance, HM Revenue & Customs choose to refer to the notion of abuse, but this time rather in order to carve out the application of beneficial ownership in *bona fide* situations: “*However, as indicated above in applying the beneficial ownership concept in the context of Double Taxation Conventions (DTCs), regard should be had to the objective of the DTC. Where there is no abuse of the DTC, there is no need, in practice, to apply the ‘international fiscal meaning’ of beneficial ownership*”.

This policy seems to mirror the one embodied in the so-called “*conduit arrangement clause*” which was for example inserted at the request of the UK in its 2001 DTA with the US.²⁷⁰ This clause indeed combines an anti-conduit rule with a main purpose test in the sense that in order for treaty benefits to be denied it must also be established that the main purpose (or one of the purpose purposes) for the interposition of a conduit entity was to obtain increased tax treaty benefits. We shall revert to this clause when discussing the PPT in the second part of this contribution as it has directly inspired the 2017 OECD commentaries.

²⁶⁶ CH: FAT, 25 June 2014, A-4693/2013 (partially confirmed by CH: FT, 3 Dec. 2015, 2C_753/2014) and A-4689/2013 (partially confirmed by CH: FT, 27 Nov. 2015, 2C_752/2014), para. 8.4.

²⁶⁷ CH: FAT, 25 June 2014, A-4693/2013 (partially confirmed by CH: FT, 3 Dec. 2015, 2C_753/2014) and A-4689/2013 (partially confirmed by CH: FT, 27 Nov. 2015, 2C_752/2014), para. 8.4.

²⁶⁸ FAT judgment of 20 Dec. 2016, *supra* n. 26, at para. 5.2.2.3.

²⁶⁹ *Indofood International Finance Ltd v JPMorgan Chase Bank NA, London Branch*, 8 ITLR 653.

²⁷⁰ Art. 3(1)(n) 2001 US-UK DTA: “*the term ‘conduit arrangement’ means a transaction or series of transactions: (i) which is structured in such a way that a resident of a Contracting State entitled to the benefits of this Convention receives an item of income arising in the other Contracting State but that resident pays, directly or indirectly, all or substantially all of that income (at any time or in any form) to another person who is not a resident of either Contracting State and who, if it received that item of income direct from the other Contracting State, would not be entitled under a convention for the avoidance of double taxation between the state in which that other person is resident and the Contracting State in which the income arises, or otherwise, to benefits with respect to that item of income which are equivalent to, or more favourable than, those available under this Convention to a resident of a Contracting State; and (ii) which has as its main purpose, or one of its main purposes, obtaining such increased benefits as are available under this Convention*”.

G. What if the beneficial owner is in a Contracting State?

We now consider the case in which the beneficial owner of the dividends, interest or royalties is resident either in the same or in another contracting state than the conduit entity. Assuming that this entity does not qualify as the beneficial owner, a question arising in practice is often whether the benefits provided by DTA concluded between the state of source and that of the beneficial owner remain available. These benefits could either be identical, or more frequently in practice, less favourable.²⁷¹ It is interesting to consider this issue from the perspective of the beneficial ownership limitation (2.8.1) and then contrast the outcome reached under an abuse of rights doctrine analysis (2.8.2). As we shall see, in both instances, uncertainties remain while it will be argued that the notion of abuse of rights is conceptually more promising to resolve the problem.

1. From the perspective of the beneficial ownership limitation

The OECD Commentary has consistently provided that where the recipient and the beneficial owner of dividends, interest and royalties are not the same persons, the benefits of the DTA concluded between the state of source and the state of residence of the beneficial owner remain available. The commentaries state that subject: *“to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State”*.²⁷² Before 2014 and with respect to dividends, there was a slight point of tension between this interpretation and paragraph one and two of art. 10 OECD MC. Paragraph one referred indeed to *“dividends paid [...] to a resident of the other Contracting”* while paragraph 2 stated that: *“such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed”*. Because paragraph 2 made reference to *“such dividends”*, it was arguable that paragraph 2 could not operate independently from paragraph 1 and, therefore, that the DTA between the state of source and the state of residence of the beneficial owner was not directly applicable. With a view to further clarify the interpretation conveyed by the commen-

²⁷¹ A classic example is the situation in which the DTA between the state of source and the state of residence of the beneficial owner provide for a 5 % residual withholding tax on dividends whereas the DTA between the state of source and the state of residence of the conduit (unavailable) lower such withholding tax to nil.

²⁷² 2014 OECD Commentary, para. 12.7 ad art. 10.

taries, the reference to “*such dividends*” has been replaced by “*dividends*” in art. 10(2) of the 2014 OECD MC.²⁷³

This issue is not problematic where the recipient of the income and the beneficial owner are resident of the same contracting state. For example, assume that a conduit entity resident in state R derives dividends from state S and that the sole shareholder and beneficial owner of this entity is also an individual resident in state R. In this case, there is no doubt that the benefits provided by the S-R DTA – albeit a 15 % residual withholding tax²⁷⁴ – continue to be available as both the recipient of the income and the beneficial owner are resident of the same contracting state.²⁷⁵ By contrast, where the beneficial owner is in a different contracting state, the interpretation supported by the commentaries requires one to consider that the benefits of the DTA between the state of residence of this person and the state of source are available even if such person is not the recipient of the dividends, interest and royalties for tax purposes under the laws of the state of source and/or residence.²⁷⁶ Of course, there is some support for this position as the text of art. 10(2), 11(2)²⁷⁷ and 12 (1)²⁷⁸ OECD MC do not expressly refer to such requirement. However, a conceptual tension remains if it is assumed that distributive rules are generally subject to the condition that income arising in the state of source be fiscally attributed to a resident of the other contracting state, either under the laws of the state of source or, as we have argued, under those of the state of residence.²⁷⁹

In certain countries at least, courts have had difficulties to subscribe to the interpretation advocated by the OECD Commentary. Interesting in this respect is a decision rendered

²⁷³ As from 2014 art. 10 OECD MC reads as follows: “1. *Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. 2. However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed [...]*”.

²⁷⁴ Art. 10(2)(b) OECD MC.

²⁷⁵ In Switzerland, the Federal Administrative Court erroneously arrived at a different conclusion and denied treaty benefits in a case concerning the application of the Switzerland-Germany DTA and involving a conduit entity in Germany whose shareholders were however all residents of this country (CH: FAT, 30 Oct. 2008 (A-2744/2008) consid. 10 et ss), see thereupon DANON, distinction entre évasion fiscale, “treaty” et “rule shopping”, p. 136 et seq.

²⁷⁶ DANON/DINH in Danon *et al.*, N 94 et seq. ad art. 1.

²⁷⁷ See art. 11(2) OECD MC: “*However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation*”.

²⁷⁸ See art. 12(1) OECD MC: “*Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State*”.

²⁷⁹ DANON/DINH in Danon *et al.*, N 94 et seq. ad art. 1.

by the Swiss Federal Supreme Court in relation to a conduit entity established in Luxembourg and whose beneficial owners were residents of the United States. As it was found that the conduit entity was not the beneficial owner of Swiss source dividends within the meaning of the Switzerland-Luxembourg DTA, the question arose as to whether the benefits of the Switzerland-US DTA could alternatively and directly be available. This question was answered in the negative with the Federal Supreme Court making no reference to the OECD Commentary. Rather, the Federal Supreme Court simply observed that, from a procedural standpoint, the possibility for the shareholders of the Luxembourg entity to claim the benefits of the Switzerland-US DTA concerned a different person and was thus unrelated to the matter at hand.²⁸⁰ From a comparative perspective but in relation to the IRD, the CJEU seemed by contrast to favour an interpretation in line with the OECD Commentary at least with respect to interest payments being made within the internal market: *“It should also be stated that the mere fact that the company which receives the interest in a Member State is not its ‘beneficial owner’ does not necessarily mean that the exemption provided for in Article 1(1) of Directive 2003/49 is not applicable. It is conceivable that such interest will be exempt on that basis in the source State when the company which receives it transfers the amount thereof to a beneficial owner who is established in the European Union and furthermore satisfies all the conditions laid down by Directive 2003/49 for entitlement to such an exemption”*.²⁸¹

It appears that the OECD Commentary assumes that the DTA concluded between the state of source and the state of residence of the beneficial owner applies directly and not as a result of a recharacterization mechanism deeming the beneficial owner to also be the recipient of the income for tax purposes. Therefore, courts may find it difficult to consider that benefits provided by the DTA concluded between the state of source and that of the beneficial owner should be made available while at the same time these benefits are not actually claimed by this person.

²⁸⁰ Federal Supreme Court decision of 22 Nov. 2015, 2C_752/2014 (preferred equity certificates), para. 7: *“Enfin, il n’y a pas lieu d’entrer en matière sur l’argumentation nouvelle de la recourante dans laquelle celle-ci semble se prévaloir d’une éventuelle application de la Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les États-Unis d’Amérique en vue d’éviter les doubles impositions en matière d’impôts sur le revenu (CDI-EU; RS 0.672.933.61) et de la possibilité pour ses associés d’obtenir le remboursement de l’impôt anticipé sur la base de leur domicile aux États-Unis. Dans la mesure où le remboursement de l’impôt anticipé selon la CDI-Lux n’a pas le même objet qu’un remboursement de l’impôt anticipé fondé sur la CDI-EU et ne concerne pas directement la recourante, on ne saurait considérer qu’il s’agit d’une même prétention issue du même contexte de fait dont seul le fondement juridique différerait (cf. arrêt 2C_642/2014 précité, consid. 7). Par conséquent, en évoquant pour la première fois devant le Tribunal fédéral la possibilité d’obtenir un remboursement de l’impôt anticipé sur la base du domicile de ses associés aux États-Unis, la recourante élargit l’objet du litige, ce qui n’est pas admissible. Son argumentation n’est donc pas recevable”*.

²⁸¹ CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 94.

2. From the perspective of an abuse of rights doctrine

It would seem that the foregoing difficulties would not come into play where tax treaty benefits are instead denied to a conduit entity on the basis of an abuse of rights doctrine. In these instances, the application of such doctrine, whether rooted in treaty or domestic law, would normally entail a re-characterization of the facts. Therefore, one would expect that a proper operation of such doctrine implies that the tax treaty benefits which would have been applicable in the absence of the interposition of the conduit entity (i.e. in particular the benefits provided by the DTA concluded between the state of source and that of the beneficial owner) are normally granted. For example, this outcome is expressly provided by the US conduit financing regulations.²⁸² In Switzerland, this practice is generally applied in the case of an abusive cross-border share transfer in the sense that the distributable reserves existing prior to such transfer remain subject to the residual withholding tax which would have been applicable under the DTA concluded between Switzerland and the state of residence of the transferor (*“old reserve theory”*).²⁸³

Until recently and pursuant to the principle of proportionality, one could safely assume that the foregoing reasoning was the only one consistent with European Union law. In particular, in the *Halifax* case, the CJEU clearly held that “[i]t must also be borne in mind that a finding of abusive practice must not lead to a penalty, for which a clear and

²⁸² See US Treasury Regulations § 1.881-3 Conduit financing arrangements: *“Where the participation of a conduit entity in a conduit financing arrangement is disregarded pursuant to this section, it is disregarded for all purposes of section 881, including for purposes of applying any relevant income tax treaties. Accordingly, the conduit entity may not claim the benefits of a tax treaty between its country of residence and the United States to reduce the amount of tax due under section 881 with respect to payments made pursuant to the conduit financing arrangement. The financing entity may, however, claim the benefits of any income tax treaty under which it is entitled to benefits in order to reduce the rate of tax on payments made pursuant to the conduit financing arrangement that are recharacterized in accordance with paragraph (a)(3)(ii)(B) of this section”*.

²⁸³ CH: FAT, 23 Mar. 2010, A-2744/2008, RF 2010, para. 4.4; see also thereupon DANON/OBRIST, La théorie des “anciennes réserves”, p. 627 et seq.; See also the practice of the Federal Tax Administration in: STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis, N 32 ad art. 21 al. 2: *“Wäre indessen bereits aufgrund des DBA eine teilweise Rückerstattung in das Land möglich gewesen, aus welchem die betroffene Beteiligung veräußert wurde, lässt sich die volle Rückerstattungsverweigerung nicht rechtfertigen, da die Konsequenz eine Schlechterstellung gegenüber dem Status Quo bewirkt. Vielmehr ist in einem solchen Fall für alle nach der Übertragung der fraglichen Beteiligung erbrachten Ausschüttungen aus den <Altreserven> die Rückerstattung (ab sofort) in dem Umfang zu gewähren, wie ihn die übertragende Inhaberin bereits hätte geltend machen können”*. However, as outlined above and according to the Swiss Federal Supreme Court’s recent case law, this reasoning is not applicable where tax treaty benefits are by contrast denied to a conduit entity pursuant to the beneficial ownership limitation.

unambiguous legal basis would be necessary”²⁸⁴ and “*it follows that transactions involved in an abusive practice must be redefined so as to re-establish the situation that would have prevailed in the absence of the transactions constituting that abusive practice*”.²⁸⁵ This reasoning was again reaffirmed in the *Cussens* case recently decided in 2017 by the CJEU.²⁸⁶

Quite unsurprisingly, Advocate General Kokott relied on this case law in the IRD and PSD directive shopping cases and considered that: “*In order for abuse of possible legal arrangement to exist, a legal arrangement must be chosen that differs from the arrangement normally chosen and gives a more favourable result than the ‘normal’ arrangement. In the present case, the ‘normal arrangement’ would be a direct dividend disbursement between the capital investment companies and the claimant in the main proceedings. That ‘normal arrangement’ would also have to result in a higher tax burden*”.²⁸⁷ Following this line of reasoning there is no abuse if “*disregarding the conduit company, the actual dividends recipient were also an undertaking with its seat in a different Member State or the dividends recipient were resident in a State with which Denmark had concluded a DTC*”²⁸⁸ providing for equivalent treaty benefits. It also follows from the opinion of the Advocate General that if an abuse is found to exist, benefits which would have been available in the absence of the conduit entity should be granted based on a “*redefined situation*”.²⁸⁹ Therefore, according to the Advocate General a Member State wishing to refuse the benefits of the PSD and IRD has a corresponding obligation to identify the beneficial owners of the dividends or interest, the taxpayer having an enhanced duty to assist.²⁹⁰

²⁸⁴ UK: ECJ, 21 Feb. 2006, Case C-255/02, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd v. Commissioners of Customs and Excise and University of Huddersfield Higher Education Corporation v. Commissioners of Customs and Excise, para. 93, ECJ Case Law IBFD.

²⁸⁵ UK: ECJ, 21 Feb. 2006, Case C-255/02, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd v. Commissioners of Customs and Excise and University of Huddersfield Higher Education Corporation v. Commissioners of Customs and Excise, para. 94, ECJ Case Law IBFD.

²⁸⁶ IE: ECJ, 22 Nov. 2017, Case C-251/16, Edward Cussens, John Jennings, Vincent Kingston v. T.G. Brosman, para. 46, ECJ Case Law IBFD: “*Where an abusive practice has been found to exist, the transactions involved must be redefined so as to re-establish the situation that would have prevailed in the absence of the transactions constituting that abusive practice. That redefinition must, however, go no further than is necessary*”.

²⁸⁷ Opinion of AG Kokott, 1 March 2018, C-116/16, T Denmark, para. 88.

²⁸⁸ Opinion of AG Kokott, 1 March 2018, C-116/16, T Denmark, para. 90.

²⁸⁹ Opinion of AG Kokott, 1 March 2018, C-116/16, T Denmark, para. 90.

²⁹⁰ Opinion of AG Kokott, 1 March 2018, C-116/16, T Denmark, para. 91.

This being said, in its judgments, the CJEU departed from the foregoing principles.

First of all, the CJEU considered that: “*when examining the structure of the group it is immaterial that some of the beneficial owners of the dividends paid by the conduit company are resident for tax purposes in a third State which has concluded a double taxation convention with the source Member State. The existence of such a convention cannot in itself rule out an abuse of rights. Thus, a convention of that kind cannot call into question that there is an abuse of rights where its existence is duly established on the basis of a set of facts showing that economic operators have carried out purely formal or artificial transactions devoid of any economic and commercial justification, with the essential aim of benefiting improperly from the exemption from withholding tax [...]*”.²⁹¹ The CJEU also found that it was not necessary for the tax authorities to identify the beneficial owners in order to deny the benefit of the PSD and IRD to a conduit entity.²⁹² At the same time, the court noted that: “*it remains possible, in a situation where the dividends would have been exempt had they been paid directly to the company having its seat in a third State, that the aim of the group’s structure is unconnected with any abuse of rights. In such a case, the group cannot be reproached for having chosen such a structure rather than direct payment of the dividends to that company*”.²⁹³ As observed by commentators, the findings of the court on this point are unsatisfactory and confusing.²⁹⁴ If one takes into consideration that, according to the court’s settled case law, the existence of an abuse must entail an advantage,²⁹⁵ it is quite clear that the existence of a DTA between the state of source and that of the beneficial owner must be taken into consideration.

The second troubling observation made by the court is the following: “*It should be added that, whilst taxation must correspond to economic reality, the existence of a double taxation convention is not, as such, capable of establishing that a payment was really made to recipients resident in the third State with which that convention has been concluded. If the company owing the dividends wishes to benefit from the advantages of such a convention, it is open to it to pay the dividends directly to the entities that are resident for tax purposes in a State which has concluded a double taxation convention with the source State*”.²⁹⁶ By requiring that a payment “*was really made to recipients resident in the third state*”, the court seems here to adopt a formal position which is very similar to

²⁹¹ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 108; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 135.

²⁹² CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 120.

²⁹³ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 110; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 137.

²⁹⁴ DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases, sec. 4.2.

²⁹⁵ CJEU, 16 March 2006, Case C-94/05.

²⁹⁶ CJEU, 26 February 2019, Case C-116/16 (Joined cases), para. 109; CJEU, 26 February 2019, Case C-115/16 (joined cases), para. 136.

the one favoured by the Swiss Federal Supreme Court in the case discussed above and involving the alternative application of the Switzerland-US DTA under a beneficial ownership analysis.²⁹⁷ In our opinion, this reasoning is again inconsistent. Because the CJEU relied on the notion of abusive of rights under EU law to deny the benefits of the PSD and IRD, it consequently follows that the application of this notion requires by essence a re-characterization of the facts. Therefore, contrary to what the court seems to suggest, the question is not whether a payment “*was really made to recipients resident in the third state*”, but rather whether the benefits of DTA, and in the affirmative to what extent, would have been available had the payment been made directly to such recipients.

II. Beneficial ownership as a response to conduit companies cases after BEPS

We now move to the last part of this contribution and explore how the beneficial ownership limitation fits into post-BEPS tax treaty policy. In order to keep the discussion within manageable proportions, we consider the relation between beneficial ownership and the new preamble to the 2017 OECD MC (3.1) as well the PPT rule included in its art. 29(9) (3.2) which, under BEPS Action 6 and the Multilateral Instrument (MLI), represent minimum standards²⁹⁸ and, arguably, the most important changes introduced in the OECD MC. As we shall see, one of the collateral effects of these additions to the OECD MC is to further exacerbate the uncertainties surrounding the interpretation of the beneficial ownership limitation

²⁹⁷ Federal Supreme Court decision of 22 Nov. 2015, 2C_752/2014 (preferred equity certificates), para. 7.

²⁹⁸ In accordance with BEPS Action 6, states may choose to adopt the PPT alone or, alternatively, combine it with a simplified limitation on benefits provision (LOB). On the other hand, states wishing to opt out of the PPT and adopt instead a detailed LOB clause are required to supplement such clause with a mechanism designed to deal with conduit arrangements. This mechanism may take the form of a treaty PPT restricted to conduit arrangements, domestic anti-abuse rules or simply judicial doctrines achieving a similar result. A good example of this policy is of course the US conduit financing Treas. Reg. (§ 1.881-3 – Conduit financing arrangements). The policy principle, however, is that these various options should achieve a similar result to that of the PPT (para. 187 *OECD Model: Commentary on Article 29*).

A. Beneficial ownership and the new preamble to the OECD MC

Prior to the BEPS initiative, the importance given by courts to the preamble of DTAs for the purposes of defining what constitutes tax treaty abuse was not uniform. For instance, in the *Verdannot* case, the French *Conseil d'État* seemed to give weight to the objectives pursued by France and Luxembourg when concluding their 1958 DTA and, therefore, indirectly to the preamble of such agreement. The *Conseil d'État* considered indeed that: “the States that are parties to the Franco-Luxembourg tax treaty cannot be regarded as admitting, in the distribution of the power of taxation, the application of its provisions to situations arising from artificial transactions devoid of any economic substance. It follows that in finding that the operation in question was contrary to the objectives pursued by the two signatory States, the Court did not commit any error of law in its judgment”.²⁹⁹ In the *Alta Energy* case, by contrast, the Canadian Tax Court found that: “A tax treaty is a multi-purpose legal instrument. The preamble of the Treaty states that the two governments desired ‘to conclude a Convention for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital.’ While indicative of the general purpose of the Treaty, this statement remains vague regarding the application of specific articles of the Treaty”.³⁰⁰

It is submitted that these differences of approaches are due to the fact that prior to the BEPS initiative the preambles of DTAs were formulated in rather general terms so that it was not evident for courts to genuinely make use of it in the interpretative process. At the same time, however, it is undisputed that the preamble forms part of the context under art. 31 VCLT³⁰¹. Therefore, it is reasonable to consider that the new preamble to the 2017 OECD MC, which specifically alludes to the need to prevent tax treaty shopping will play an increased role in tax treaty interpretation. According to the new preamble contracting states are indeed “Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions)”. Quite logically, the 2017 OECD Commentary confirms that this new preamble will have to be taken into consideration when interpreting post-BEPS DTAs in light of art. 31 VCLT³⁰².

²⁹⁹ Re *Verdannot*, 20 ITLR 832, 856-857.

³⁰⁰ *Alta Energy Luxembourg SARL v R*, 21 ITLR, para. 77.

³⁰¹ Art. 31(2)(a) VCLT.

³⁰² Introduction to the 2017 OECD MC, para. 16.2.

The 2017 commentaries do not however provide a specific definition of “*treaty-shopping arrangements*” under the preamble. Rather, the commentaries simply provide that: “*it was [...] decided to refer expressly to such arrangements as one example of tax avoidance that should not result from tax treaties, it being understood that this was only one example of tax avoidance that the Contracting States intend to prevent*”.³⁰³ Yet the commentaries to art. 1 OECD MC remain unchanged on this point and continue to state that treaty abuse occurs: “*for example, if a person (whether or not a resident of a Contracting State), acts through a legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly. Another case would be an individual who has in a Contracting State both his permanent home and all his economic interests, including a substantial shareholding in a company of that State, and who, essentially in order to sell the shares and escape taxation in that State on the capital gains from the alienation (by virtue of paragraph 5 of Article 13), transfers his permanent home to the other Contracting State, where such gains are subject to little or no tax*”.³⁰⁴ At the same time, however, there is now a subtle change in this section of the commentaries. Until 2017, the OECD Commentary provided that: “*the extension of double taxation conventions increases the risk of abuse by facilitating the use of artificial legal constructions aimed at securing the benefits of both the tax advantages available under certain domestic laws and the reliefs from tax provided for in double taxation conventions*”.³⁰⁵ Further to the 2017 update, the commentaries no longer refer to “*artificial legal constructions*” but simply state that: “*The extension of the network of tax conventions increases the risk of abuse by facilitating the use of arrangements aimed at securing the benefits of both the tax advantages available under certain domestic laws and the reliefs from tax provided for in these conventions*”.³⁰⁶ As observed by VAN WEEGHEL, the question therefore arises as to whether this marks an intention to expand the notion of treaty shopping beyond artificial legal constructions as also defined by the CJEU in its case law³⁰⁷ and, recently, in the PSD and IRD cases. In our opinion, the convergence between the notion of treaty shopping and artificial legal constructions remains identical after the BEPS initiative, at least with respect to conduit arrangements on which the present contribution focuses. This is in particular evidenced by the examples of the 2017 OECD Commentary to art. 29³⁰⁸ in relation to conduit arrangements which illustrate what constitutes an artificial legal construction in this area. In fact, these examples have all been imported from pre-BEPS tax treaty practice, namely from the exchanges of notes relating to the

³⁰³ Introduction to the 2017 OECD MC, para. 16.1.

³⁰⁴ 2017 OECD Commentary, para. 56 ad art. 1.

³⁰⁵ 2014 OECD Commentary, para. 8 ad art. 1.

³⁰⁶ 2017 OECD Commentary, para. 55 ad art. 1.

³⁰⁷ VAN WEEGHEL, PPT, p. 3 et seq.

³⁰⁸ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

US-UK DTA concluded in 2001, a time at which the notion of treaty shopping under the OECD Commentaries still expressly referred to “*artificial legal constructions*”.

B. Beneficial ownership and the PPT

Assuming that the new preamble to the OECD MC does not fundamentally alter the notion of treaty shopping, the question nevertheless arises as to whether, and if so to what extent, this new preamble could affect the interpretation of the beneficial ownership limitation. On a number of occasions, the 2017 OECD Commentary refers to the relation between the preamble and the PPT included in art. 29(9) MC. The commentaries state for instance that: “*Article 29 reflects the intention of the Contracting States, incorporated in the preamble of the Convention, to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty shopping arrangements*”³⁰⁹ and that art. 29(9) MC “*must be read in the context of paragraphs 1 to 7 and of the rest of the Convention, including its preamble. This is particularly important for the purposes of determining the object and purpose of the relevant provisions of the Convention*”.³¹⁰ Furthermore, in many examples relating to the interpretation of the PPT, “*the object and purpose of the tax convention*”³¹¹ is referred to in order to determine whether treaty benefits should be granted. Hence, to deny treaty benefits, it is contended that “*it would be contrary to the object and purpose of the tax convention to grant the benefit of that exemption under this treaty-shopping arrangement*”,³¹² and in cases in which the PPT rule does not apply, the fact that “*the general objective of tax conventions is to encourage cross-border investment*”³¹³ is put forward.

By contrast, the articulation between the beneficial ownership limitation and the new preamble is not discussed in the commentaries. This is quite surprising as the commentaries continue to state that term “*beneficial owner*” should also be interpreted: “*in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance*”.³¹⁴ In fact, irrespective of the foregoing passage of the commentaries, art. 31(2)(a) VCLT requires the preamble to be considered

³⁰⁹ 2017 OECD Commentary, para. 1 ad art. 29.

³¹⁰ 2017 OECD Commentary, para. 173 ad art. 29.

³¹¹ See, for example, Action 6 Final Report, at 59 et seq.; 2017 OECD Commentary, para. 182 ad art. 29, Examples A, B, C, D, art. 29 N 182.

³¹² See, for example, Action 6 Final Report, at 59; OECD Model: Commentary on Article 29 para. 182, Example A (2017).

³¹³ See, for example, Action 6 Final Report, at 59; OECD Model: Commentary on Article 29 para. 182, Example C (2017).

³¹⁴ 2017 OECD Commentary, para. 12.1 ad art. 29.

when interpreting the beneficial ownership limitation (as well as any other treaty term). Therefore, it is arguable that among various possible ordinary meanings of beneficial ownership under art. 31(1) VCLT, the one which, within the meaning of the preamble, best prevents “*treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement*” should be preferred. Along these lines, the question arises as to whether this line of reasoning could strengthen the idea that beneficial ownership should be construed on the basis of a substance over form interpretation (a position already taken by several jurisdictions) and lead treaty practice to place a particular emphasis on the passages of the OECD commentaries stemming from the 1986 OECD Conduit Report stating that: “*It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies’ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties*”.³¹⁵ In the same vein, the passage of the commentaries making reference to the fact that an obligation to pass on the income and affecting the beneficial ownership of the recipient may “*may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person*”³¹⁶ could be read as a reference to a substance over form interpretation as the judgments of the CJEU in the PSD and IRD cases seem to implicitly suggest or, alternatively, be minimized.

As we shall now see when considering the PPT, there are other elements in the commentaries which, by contrast, suggest that the beneficial ownership should receive a restrictive meaning

C. The PPT and beneficial ownership

Art. 29(9) OECD MC which includes the PPT provides that: “*Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal*

³¹⁵ 2017 OECD Commentary, para. 12.3 ad art. 29.

³¹⁶ 2017 OECD Commentary, para. 12.41 ad art. 29.

purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention”.

The PPT has a broader scope than the beneficial ownership limitation in the sense that it applies to all distributive rules and to all forms of treaty abuse, in particular abusive restructurings³¹⁷. and conduit situations³¹⁸ As mentioned, the examples illustrating the application of the PPT rule in relation to conduit arrangements have been directly inspired from those laid down in the exchange of letters to the conduit arrangement clause of article 3(1)(n) of the 2001 US-UK DTA.

Therefore, as regards conduit arrangements there is a possible overlap between the beneficial ownership limitation and the PPT which raises the order of application of both rules. The structure of the 2017 OECD MC suggests that the beneficial ownership limitation should be applied first when considering the access to tax treaty benefits under art. 10, 11 and 12 MC and, if satisfied, art. 29(9) MC could still come into play to neutralize these benefits. The commentaries confirm this interpretation. First of all, in relation to article 29, the commentaries state that the PPT rule covers: *“limitations on the taxing rights of a Contracting State in respect of dividends, interest or royalties arising in that State, and paid to a resident of the other State (who is the beneficial owner) under Article 10, 11 or 12”*.³¹⁹ The commentaries to articles 10, 11 and 12 also mirror this policy: *“The provisions of article 29 and the principles put forward [...] will apply to prevent abuses, including treaty shopping situations where the recipient is the beneficial owner of the dividends”*.³²⁰

Based on the foregoing interpretation, one would thus expect the beneficial ownership limitation to neutralize at least some conduit arrangements (i.e. those, where based on a restrictive reading of commentaries, there is a legal obligation to pass on the income which is derived from a written document or from the facts). However, in some of the examples provided by the commentaries in relation to the PPT and conduit arrangements, it is debatable whether the interposed entity would really qualify as the beneficial owner it receives. Illustrative in this respect is example C.³²¹ In this example, TCO is a company resident in state T, which does not have a DTA with state S, and loans 1,000,000 to SCO, a company resident in state S that is a wholly-owned subsidiary of TCO, in exchange for a note issued by SCO. TCO later realizes that it can avoid the withholding tax on interest levied by state S by assigning the note to its wholly-owned subsidiary RCO, a

³¹⁷ 2017 OECD Commentary, para. 182 ad art. 29.

³¹⁸ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

³¹⁹ 2017 OECD Commentary, para. 175 ad art. 29.

³²⁰ 2017 OECD Commentary, para. 12.5 ad art. 10.

³²¹ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

resident of state R (the treaty between states R and S does not allow source taxation of interest in certain circumstances). Therefore, TCO assigns the note to RCO in exchange for a note issued by RCO to TCO. The note issued by SCO bears interest at 7 % and the note issued by RCO bears interest at 6 %. The 2017 updated OECD Commentaries note that: “[t]he transaction through which RCO acquired the note issued by SCO constitutes a conduit arrangement because it was structured to eliminate the withholding tax that TCO would otherwise have paid to State S”.³²²

Therefore, while the introduction of a PPT into the OECD MC and its application to conduit arrangements could be seen as a confirmation of the fact that beneficial ownership has a limited scope in this area we agree with some commentators that the foregoing passages of the commentaries are troubling in that they seem to refer to conduit situations which, arguably, could be neutralized by the beneficial ownership limitation.³²³ Of course, a possible explanation is the lack of coordination between the commentaries to art. 10-12 and art. 29 which would however be unfortunate.

D. Can beneficial ownership and the PPT lead to different results?

In light of the foregoing, a conclusion undoubtedly emerges: the delineation in scope between beneficial ownership and the PPT remains unclear, at least for two reasons. First of all, as shown, it is unclear whether the new preamble to the OECD MC could expand the meaning of beneficial ownership or consolidate the idea that the term should be construed on the basis of a substance over form interpretation (an idea already accepted by numerous jurisdictions). Secondly, the commentaries to art. 29 OECD MC are unclear in the sense that they seem to also target blatant conduit situations which, possibly, could fall within the scope of the beneficial limitation.

From a practical perspective, therefore, the question may be asked whether, in a given conduit situation, the outcome would be the same depending on whether the beneficial ownership limitation or the PPT is applied. In our opinion, this would not always be the case. In Switzerland, for example, the focus is on the criterion of interdependence between the income and the obligation to transfer such income to non-residents. However, as previously shown, the intention and motives that have led the taxpayer to select a particular arrangement or structure are normally irrelevant. By contrast, the PPT rule is based on a different policy in which the purpose and business rationale of the transaction are taken into account. The PPT rule will thus not simply apply because there is some

³²² 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art. 29.

³²³ VAN WEEGHEL, PPT, p. 37.

sort of interdependence between the two income streams but, rather, because the purpose of the transaction was to eliminate withholding tax in the source state.

From this perspective, therefore, the approach taken under the PPT rule is different from the one that could be favoured under a broad interpretation of beneficial ownership which only focuses on the existence of an interdependence between two income streams and tends to ignore the underlying purposes of the structure or arrangement. Consequently, it follows that there may be instances in which treaty benefits could be denied on the basis of an objective and broad interpretation of beneficial ownership, whereas this would not have been the case under the PPT.

Is the foregoing result in line with the BEPS outcome? At first sight, the question could be answered in the affirmative using the argument that the introduction of the PPT rule merely constitutes a minimum standard and that states are free to adopt stricter measures or practices and judicial doctrines to counter treaty abuse (such as a broad interpretation of beneficial ownership). In our view, this interpretation may, however, not be supported. First of all, the outcome of BEPS Action 6 expresses a consensus as regards the way to address conduit situations (through a PPT rule). This consensus around this policy is so strong that, if states wish to opt out of the PPT rule, they must then adopt anti-conduit mechanisms that “*achieve a similar result*”.³²⁴ It would therefore be at odds with these principles if states adopting the PPT rule could nevertheless continue to address conduit structures on the basis of principles based on a different policy.

Bibliography

- ARNOLD Brian J., The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties, in: M. Lang *et al.* (eds.), *Beneficial Ownership: Recent Trends*, IBFD, Amsterdam 2013, pp. 39 et seq. (quoted: ARNOLD, Beneficial Ownership).
- AVERY JONES John F. *et al.*, The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model, *British Tax Review* 1984 No. 1, p. 14 et seq. (quoted: AVERY JONES *et al.* Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model).
- AVERY JONES John F. *et al.*, The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model, *British Tax Review* 1984 No. 2, p. 90 et seq. (quoted: AVERY JONES *et al.* Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model).
- AVERY JONES John F., Treaty Interpretation, *IBFD Global Tax Treaty Commentaries* (quoted: AVERY JONES, GTTC ad Interpretation [2018]).

³²⁴ 2017 OECD Commentary, para. 187 ad art 29.

- BAKER Philip, United Kingdom: Indofood International Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA, in: M. Lang *et al.* (eds.), *Beneficial Ownership: Recent Trends*, IBFD, Amsterdam 2013, p. 27 et seq. (quoted: BAKER, Beneficial Ownership: After Indofood).
- BAUMGARTNER Beat, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung der Weiterleitung von abkommensbegünstigten Dividenden- und Zinseinkünften*, Zurich 2010 (quoted: BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner).
- COLLIER Richard, Clarity, opacity and beneficial ownership, *British Tax Review* 2011 Issue 6, p. 684 et seq. (quoted: COLLIER, Beneficial ownership).
- DANON Robert J., *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts: with particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2004 (quoted: DANON, Thesis).
- DANON Robert J., Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE: Réflexions et analyse de la jurisprudence récente, *IFF Forum für Steuerrecht* 2007/1, p. 38 et seq. (quoted: DANON, Bénéficiaire effectif).
- DANON Robert J., Cession transfrontalière de droits de participations : distinction entre évasion fiscale, “treaty” et “rule shopping”, in: P.-M. Glauser (eds.), *Évasion fiscale: une approche théorique et pratique de l'évasion fiscale*, Schulthess, Zürich 2010, p. 140 et seq. (quoted: DANON, distinction entre évasion fiscale, “treaty” et “rule shopping”).
- DANON Robert J., Commentaire ad art. 1, in: R. Danon *et al.* (eds.), *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, Commentaire*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, p. 3 et seq. (quoted: DANON in Danon *et al.*).
- DANON Robert J., Tax Treaty Disputes in Switzerland, in: E. Baistrocchi (eds.), *A Global Analysis of Tax Treaty Disputes*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 613 et seq. (quoted: DANON, Tax Treaty Disputes in Switzerland).
- DANON Robert J. / DIHN Emmanuel, La clause du bénéficiaire effectif (art. 10, 11 et 12 MC OCDE), in: R. Danon *et al.* (eds.), *Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Commentary*, Basel 2014, p. 30 et seq. (quoted: DANON/DINH in Danon *et al.*, N ad art. 1).
- DANON Robert J. / OBRIST Thierry, La théorie des “anciennes réserves” en droit fiscal international: commentaire de l’arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2744 du 23 mars 2010, *Revue fiscale* 2010 n° 9, p. 621 et seq. (quoted: DANON/OBRIST, La théorie des “anciennes réserves”).
- DE BROE Luc, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Doctoral series vol. 14, Amsterdam 2008 (quoted: DE BROE, Prevention of Abuse).
- DE BROE Luc / GOMMERS Sam, Danish Dynamite: the 26 February 2019 CJEU judgments in the Danish beneficial ownership cases – a new chapter in the history of tax abuse’ (quoted: DE BROE/GOMMERS, beneficial ownership cases).
- DOERNBERG Richard L. / VAN RAAD Kees, *The 1996 United States Model Income Tax Convention, Analysis, Commentary and Comparison*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997 (quoted: DOERNBERG/VAN RAAD).
- DÖRR Oliver, Article 31. General rule of Interpretation, in: Dörr/Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, Heidelberg 2018, p. 559 et seq. (quoted: DÖRR ad art. 31 VCLT [2018]).

- DUFF David G., Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation, in: M. Lang *et al.* (eds), *Tax Treaties : Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam 2010, p. 75 et seq. (quoted: DUFF, Responses to Treaty Shopping).
- DU TOIT Charl P., *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999 (quoted: DU TOIT, Beneficial Ownership).
- ENGELN Frank, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Doctoral series vol. 7, Amsterdam 2004 (quoted: ENGELN, Interpretation of Tax Treaties).
- ENGELN Frank, *On Values and Norms: The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006 (quoted: ENGELN, On Value and Norms).
- GANI Raphaël, *La clause de limitation des bénéficiaires dans la convention de double imposition entre la Suisse et les États-Unis*, Bern/Stuttgart/Vienna, 2008.
- HEINRICH Johannes / MORITZ Helmut, Interpretation of Tax Treaties, *European Taxation* 2000, p. 142 et seq. (quoted: HEINRICH/MORITZ, Interpretation, pp. 149-150).
- HELMINEM Marjaana, Article 11: Interest, *IBFD Global Tax Treaty Commentaries* (quoted: HELMINEM, GTTC ad Article 11 [2018]).
- IFA, *The OECD Model Convention – 1998 and beyond; The concept of Beneficial ownership in tax treaties; Proceedings of a Seminar held in London in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 23a, The Hague/London/Boston 2000. (quoted: IFA, The concept of Beneficial ownership in tax treaties [1998]).
- KEMMEREN Eric, Preface to Articles 10 to 12, in: Reimer/Rust (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4th ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, p. 705 et seq. (quoted: KEMMEREN, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Preface to Articles 10 to 12).
- LANG Michael, Interpretation of Tax Treaties by the Court of Justice of the European Union, in: B.J. Arnold (eds.), *Tax Treaty after the BEPS Projet: a Tribute to Jacques Sasseville*, Canadian Tax Foundation, Toronto 2018, p. 149 et seq. (quoted: LANG, Interpretation of Tax Treaties by the Court of Justice of the European Union).
- LANG Michael, Article 3 paragraphe 2 MC OCDE, in: R. Danon *et al.* (eds.), *Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Commentaire*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, p. 132 et seq. (quoted: LANG in Danon *et al.*).
- LÜTHI Daniel, Countering the abuse of tax treaties - A Swiss view, 1989, *Intertax* vol. 17 no. 8/9, p. 336 et seq. (quoted: LÜTHI).
- MARTÍN JIMÉNEZ Adolfo, Beneficial Ownership as a Broad Anti-Avoidance Provision: Decisions by Spanish Courts and the OECD's Discussion Draft, in: M. Lang *et al.* (eds.), *Beneficial Ownership: Recent Trends*, IBFD, Amsterdam 2013, p. 127 et seq. (quoted: MARTÍN JIMÉNEZ, Beneficial Ownership as a broad Anti Avoidance Provision).
- MARTÍN JIMÉNEZ Adolfo, Beneficial Ownership: Current trends, *World Tax Journal* 2010 vol. 10, p. 35 et seq. (quoted: MARTÍN JIMÉNEZ, beneficial ownership).
- MATTEOTTI René / KRENGER Nicole Elischa, Volkrechtliche vs. Landrechtliche Theorie, in: Zweifel/Bösch/Matteotti (eds.), *Kommentar zum schweizerischem Steuerrecht - Internationales Steuerrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, p. 306 et seq. (quoted: MATTEOTTI/KRENGER, Internationales Steuerrecht).

- MEINDL-RINGLER Angelika, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016 (quoted: MEINDL-RINGLER, Beneficial Ownership).
- OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, Bern 2014. (quoted: OBERSON, Précis de droit fiscal international).
- OECD, *Income and Capital Model Convention and Commentary*, Paris 1977. (quoted: 1977 OECD Commentary).
- OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, Paris 1986 (quoted: OECD, Conduit report).
- OECD, *Report on Tax Treaty Override*, Paris 1989 (quoted: OECD, Treaty Override Report).
- OECD, *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, Paris 1992 (quoted: 1992 OECD Commentary).
- OECD, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, Paris 1998 (quoted: 1998 OECD Report on Harmful Tax Practices).
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2003 (Full Version)*, Paris 2003 (quoted: 2003 OECD Commentary).
- OECD, Clarification of the meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention, Paris 2011.
- OECD, *Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention*, Paris 2012.
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, Paris 2015 (quoted: 2014 OECD Commentary).
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, Paris 2017 (quoted: 2017 OECD Commentary).
- OESTERHELT Stefan, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, *IFF Forüm für Steuerrecht* 2017/2, p. 99 et seq. (quoted: OESTERHELT, Altreservenpraxis).
- OLIVER J. David B. et al., Beneficial Ownership, *Bulletin for International Taxation* 2000 vol. 54 no. 7, p. 310 et seq. (quoted: OLIVER et al., Beneficial Ownership).
- PIJL Hans, Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands, (2003) *Intertax* vol. 31, p. 353 et seq. (quoted: PIJL, Beneficial Ownership).
- PROKISCH Rainer, Geltungsbereich des Abkommens, in: Vogel/Lehner (eds.), *Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar*, Munich 2008, p. 205 et seq. (quoted: PROKISCH in Vogel/Lehner).
- SCHUCH Joseph, *Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Linde Verlag, Vienne, 2002 (quoted: SCHUCH, Die Zeit).
- UN, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *Yearbook of the International Law Commission* vol. II (quoted: Vienna Convention Commentary).
- UN, The United Nations Ad Hoc Group of Experts on International Co-Operation in Tax Matters, “Prevention of Abuse of Tax Treaties”, Fourth Meeting Geneva, 30 November – 11 December 1987, UN Secretariat, New York 1987, 3 (quoted: 1987 United Nations Ad Hoc Group of Experts).

- UN, *Note by the Coordinator of the Subcommittee on Improper Use of Treaties: Proposed Amendments*, Document No. E/C.18/2008/CRP.2, Geneva 2008 (quoted: Baker, Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept [UN note]).
- VAN WEEGHEL Stef, A Deconstruction of the Principal Purposes Test (2019), *World Tax Journal* vol. 11, p. 3 et seq. (quoted: van Weeghel, PPT).
- VAN WEEGHEL Stef, *The Improper Use of Tax Treaties, With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, Kluwer Law International, London/The Hague/Boston 1998 (quoted: VAN WEEGHEL, Improper Use of Tax Treaties).
- VILLIGER Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2009 (quoted: VILLIGER ad art. 31 VCLT [2009]).
- VOGEL Klaus, Preface to Arts. 10-12, in: K. Vogel (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3rd ed., Kluwer Law International, London 1997, p. 559 et seq. (quoted: VOGEL 1997).
- VOGEL Klaus, Introduction, in: K. Vogel (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 2nd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1991, p. 1 et seq. (quoted: VOGEL 1991, Introduction, N).
- VOGEL Klaus, Introduction, in: K. Vogel (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3rd ed., Kluwer Law International, London 1997, p. 1 et seq. (quoted: VOGEL 1997, Introduction, N).
- VOGEL Klaus, Vor Artikel 10 bis 12, in K. Vogel/Lehner (eds.), *Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar*, 5th ed., Munich 2008, p. 819 et seq. (quoted: VOGEL in Vogel/Lehner, N ad vor Art. 10-12).
- VOGEL Klaus / RUST Alexander, Introduction, in E. Reimer/A. Rust (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4th ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015 (quoted: VOGEL/RUST, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Introduction).
- WARD David, *Access to Tax Treaty Benefits, Research Report Prepared for the Advisory Panel on Canada's System of International Taxation*, Canadian Tax Foundation, Toronto 2008 (quoted: WARD, Treaty Benefits).
- WARD David, Abuse of Tax Treaties, 1995, *Intertax* vol. 23 Issue 4, p. 176 et seq. (quoted: WARD, Abuse of Tax Treaties).
- WEIDMANN Oktavia, Beneficial Ownership and Derivatives: An Analysis of the Decision Of The Swiss Federal Court Concerning Total Return Swaps (Swiss Swaps case), *Intertax* 2016 vol. 44 Issue 8/9, p. 620 et seq. (quoted: WEIDMANN, Swiss Swaps case).
- ZALASIŃSKI Adam, The ECJ's Decisions in the Danish "Beneficial Ownership" Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union, 2019, *International Tax Studies* Issue 4 (quoted: ZALASIŃSKI, Beneficial Ownership).

Changement de loi pendant la procédure de recours

Lex Weber et Retour vers le futur

Sommaire

	Page
Introduction	139
I. Les machines juridiques à voyager dans le temps	141
A. La DeLorean du juriste suisse	141
B. La situation particulière de l'autorité de recours	142
II. Quand la lex Weber revient du futur	145
A. La situation immédiatement après la votation	145
B. La jurisprudence antérieure à la loi sur les résidences secondaires	146
C. La disposition transitoire de la loi sur les résidences secondaires	147
D. La jurisprudence postérieure à la loi sur les résidences secondaires	148
III. Les dangers des voyages dans le temps	148
A. Le risque de dispositions transitoires problématiques	149
B. L'aléa de l'intérêt public immédiat à l'application du nouveau droit	149
C. Le danger des inégalités de traitement	150
Conclusion	151
Bibliographie	151

Introduction

Pour rendre hommage à Etienne POLTIER et à ses carrières successives de magistrat et de professeur, nous avons choisi de traiter un sujet auquel le juge administratif est régulièrement confronté. Aussi souvent que le droit applicable est modifié pendant la période à la durée variable pendant laquelle le dossier se trouve sur son bureau.

* Juge à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud. L'auteur s'exprime ici à titre personnel.

Étudier de manière générale la question du droit transitoire ou intertemporel en droit administratif constituerait un projet bien trop ambitieux pour cette contribution¹. Nous nous concentrerons ici sur les problèmes posés par les modifications du droit applicable qui interviennent pendant la durée de la procédure de recours contre une décision administrative. C'est d'abord un choix orienté subjectivement par l'activité principale de l'auteur de ces lignes. C'est aussi un choix inspiré par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral² mettant (provisoirement ?) fin au débat sur le droit applicable en matière de construction de résidences secondaires depuis l'adoption de la *lex Weber*.

Nous laisserons donc de côté – un peu seulement, car il sera nécessaire de s'y référer – les problèmes connexes que posent les changements de loi qui interviennent *avant* qu'une décision soit rendue (mais, parfois, après le début de la procédure) et les changements de loi prévus ou envisagés mais qui entrent en vigueur *après* que l'autorité de recours a statué³.

Le point de vue adopté est d'abord une question de perspective : l'autorité de recours, particulièrement le juge administratif, a principalement « une fonction de contrôle ce qui signifie qu'elle a à contrôler ce que l'instance précédente a fait et non pas à reprendre l'affaire comme si aucune décision n'avait déjà été prise »⁴. Or, même si les principes généraux régissant l'application du droit transitoire demeurent, les rôles distincts des autorités administratives de première instance et des autorités de recours dans la procédure peuvent justifier des solutions différentes quant au choix du droit applicable⁵.

Nous présenterons d'abord les principes généraux permettant aux juristes, et plus spécialement aux autorités de recours, de voyager dans le temps (cf. I ci-dessous). Nous nous intéresserons ensuite à l'application de la *lex Weber*, véritable saga hollywoodienne du landernau juridique helvétique (cf. II ci-dessous). Comme la trilogie des films *Retour vers le futur*, dont certaines citations parsèment cet article, ce feuilleton montre que les voyages dans le temps intempestifs peuvent conduire à l'insécurité, voire à l'inégalité, pour les justiciables lorsque des régimes successifs contradictoires sont appliqués par les autorités (cf. III ci-dessous).

¹ Pour une approche complète de la question, voir la thèse récemment publiée de PIREK ; ainsi que la contribution de KÖLZ à la Société suisse des juristes en 1983 qui fit longtemps référence et les articles de MEYER/ARNOLD et GRIFFEL cités dans la bibliographie.

² ATF 144 II 326 (f).

³ Sur cette question, en particulier sur l'effet anticipé des plans, voir la contribution de JOMINI dans cet ouvrage.

⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 194.

⁵ Dans le même sens PIREK, n. 717, p. 310.

I. Les machines juridiques à voyager dans le temps

« – Hé, attendez un peu, Doc. Est-ce que j’ai bien entendu ? Vous dites que vous avez fabriqué une machine à voyager dans le temps... à partir d’une DeLorean ?

– Faut voir grand dans la vie ! Quitte à voyager à travers le temps au volant d’une voiture, autant en choisir une qui ait de la gueule ! »

Dialogue entre Marty McFly et Emmett Brown, alias Doc, dans *Retour vers le futur* (1985)

Lorsque le droit en vigueur – qu’il soit fédéral, cantonal ou communal – est modifié pendant une procédure de recours, se pose la question de la détermination du droit applicable pour trancher le litige. Il devrait appartenir en premier lieu aux législateurs de résoudre cette problématique par l’adoption de dispositions transitoires. Mais, les auteurs de textes légaux consacrent souvent insuffisamment d’attention à l’élaboration de règles claires sur l’effet d’un nouveau régime juridique sur les procédures pendantes. Heureusement, le juriste suisse peut recourir à d’autres « machines » à voyager dans le temps.

A. La DeLorean du juriste suisse

Aux art. 1 à 4 de son Titre final, le Code civil de 1907 contient des dispositions qui ont encore valeur de principes généraux régissant l’application du droit dans le temps. Ces articles sont un peu une DeLorean permettant au juriste suisse de voyager dans le temps.

Il est en effet généralement admis que les principes posés par ces dispositions, à commencer par celui de la non rétroactivité des lois, valent de manière générale pour tous les domaines du droit, y compris en droit public⁶. Comme le formule la doctrine à partir de l’art. 1 tit. fin. CC (principe de non rétroactivité des lois), les normes applicables sont celles qui sont en vigueur au moment où les faits dont les conséquences juridiques sont en cause se sont produits⁷. Si cet instrument est de conception simple, il n’est pas aisé à manier. La procédure administrative a en effet souvent pour objet non pas des faits entièrement révolus au moment où l’autorité statue mais des situations durables que la décision qui clôt la procédure est appelée à régler⁸. La jurisprudence admet donc un large usage de la rétroactivité « improprement dite » permettant l’application du nouveau droit aux faits ayant pris naissance sous l’empire de l’ancien droit mais qui déploient encore des effets sous celui du nouveau, sous la réserve des droits acquis (cf. aussi art. 4 tit. fin.

⁶ Cf. toutefois PIREK, n. 79 ss, p. 34 ss qui considère que l’application par analogie du Titre final du Code civil en droit public doit être rejetée. Le débat nous paraît toutefois théorique dans la mesure où ces dispositions contiennent des principes généraux de droit transitoire qui peuvent également être inférés des principes constitutionnels tels que l’égalité de traitement et l’interdiction de l’arbitraire.

⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 184.

⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 185 ; KÖLZ, p. 200.

CC). Le principe de non rétroactivité des lois permet de protéger la confiance (ou la bonne foi) des citoyens dans la continuité du régime juridique et la sécurité du droit⁹.

Comme la voiture fabriquée par le Dr Brown, les dispositions du Titre final du Code civil permettent aussi bien de voyager dans le passé que vers le futur (art. 2 à 4 tit. fin. CC). Ainsi, le nouveau droit est considéré comme étant d'application immédiate, y compris aux faits révolus avant son entrée en vigueur, pour les règles établies « dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs » (art. 2 al. 1 tit. fin. CC). Or, par essence, les règles de droit public poursuivent un intérêt public et peuvent donc avoir vocation à s'appliquer immédiatement¹⁰. Le Tribunal fédéral l'a en outre fréquemment rappelé : le principe de la bonne foi ne protège pas les citoyens contre les changements de législation, aussi fréquents puissent-ils être. S'y ajoute encore un aspect politique : dans notre époque contemporaine dominée par l'immédiateté, les législateurs veulent que leurs décisions soient immédiatement suivies d'effet. Même si elle est encore caractérisée par une certaine stabilité politique, la Suisse n'échappe pas à cette tendance.

B. La situation particulière de l'autorité de recours

Compte tenu de sa position spécifique dans la procédure, l'autorité de recours n'est toutefois pas un passager pouvant s'installer comme un autre dans une machine à voyager dans le temps.

Selon une formule qui paraît désormais bien ancrée dans sa jurisprudence¹¹, le Tribunal fédéral considère qu'en l'absence d'une disposition légale transitoire, la légalité d'un acte administratif doit en principe être examinée selon le droit en vigueur au moment où il a été édicté ; un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a donc pas à être pris en considération¹². Cette jurisprudence repose sur l'idée que l'autorité de recours, qui n'est « que » une autorité de contrôle et non une autorité de décision, doit en quelque sorte se mettre dans la « peau » de l'autorité qui a rendu la décision et faire un retour en arrière jusqu'au moment où celle-ci a statué¹³. Cela ne remet pas en cause, dans l'hypothèse où la loi a été modifiée avant que l'autorité de première instance a statué, la possibilité pour l'autorité de recours de contrôler que celle-ci a correctement appliqué les principes de droit transitoire.

Il existe néanmoins des situations où la jurisprudence considère au contraire que l'autorité de recours doit appliquer le droit en vigueur au moment où celle-ci statue. Tel

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 292, p. 68.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *loc. cit.* ; PIREK, n. 81, p. 35.

¹¹ ATF 144 II 326 (f), consid. 2.1.1., et réf. citées.

¹² Voir également MEYER/ARNOLD, p. 132.

¹³ GRIFFEL, p. 10 ; PIREK, n. 755, p. 326.

est en particulier le cas, là aussi selon la formule habituellement utilisée par la jurisprudence, lorsque la nouvelle règle répond à un intérêt public majeur dont l'application ne souffre aucun délai¹⁴. Le Tribunal fédéral a notamment fait usage de cette exception dans le domaine de la protection de l'environnement, en particulier dans celui de la protection des eaux¹⁵. L'exception vaut également lorsque les normes juridiques applicables ont été modifiées pendant la procédure de recours devant le Tribunal fédéral lui-même. Afin qu'elle puisse appliquer immédiatement le nouveau droit entré en vigueur en cours de procédure, l'autorité de recours doit en principe disposer d'un libre pouvoir d'examen, à tout le moins des questions juridiques¹⁶ ; à défaut, il serait en effet délicat que l'autorité de recours impose en quelque sorte l'application d'une nouvelle règle à l'autorité intimée.

Pour des motifs d'économie de procédure¹⁷, la jurisprudence admet également une exception au principe de l'application du droit en vigueur au moment où l'autorité a statué lorsque la décision pourrait être révoquée en application du nouveau droit et, inversement, lorsqu'une décision n'est pas conforme à l'ancien droit mais qu'une décision identique serait conforme au nouveau droit. En effet, dans de tels cas, l'autorité qui a statué devrait elle-même rendre en application du nouveau droit une nouvelle décision révisant ou révoquant la précédente ; il est donc logique d'admettre que l'autorité de recours puisse faire la même chose¹⁸. En matière de sanctions administratives, la jurisprudence admet enfin une application par analogie du principe de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP), permettant une application par l'autorité de recours de la nouvelle loi si celle-ci est plus favorable à l'administré¹⁹.

Une exception supplémentaire est consacrée pour les nouvelles dispositions de procédure qui sont en principe applicables immédiatement y compris aux procédures de recours pendantes²⁰. On peut citer comme exemple une modification du mode de calcul des dépens qui entrerait en vigueur en cours de procédure. Le principe de l'application de l'ancien droit demeure toutefois en cas de modification fondamentale des règles de procédure qui brise la continuité avec l'ancien système.

¹⁴ ATF 141 II 393 (f), consid. 2.4 ; ATF 139 II 470, consid. 4.2, traduit in RDAF 2014 I 379 ; ATF 135 II 384, consid. 2.3, traduit in RDAF 2010 I 451 ; ATF 125 II 591, consid. 4e, traduit in RDAF 2000 I 766 ; ATF 123 II 359, traduit in RDAF 1998 I 602 ; PIREK, n. 757 ss, p. 327 ss.

¹⁵ ATF 139 II 470, consid. 4.2, traduit in RDAF 2014 I 379.

¹⁶ PIREK, n. 774 s., p. 335 s., qui nuance cette appréciation.

¹⁷ MEYER/ARNOLD, p. 133.

¹⁸ GRIFFEL, p. 11, qui se réfère à la *lex mitior*, laquelle concerne à notre avis uniquement les sanctions administratives.

¹⁹ TANQUEREL, n. 409, p. 140 ; MEYER/ARNOLD, p. 135.

²⁰ TANQUEREL, n. 406, p. 140 ; MEYER/ARNOLD, p. 135.

La jurisprudence des autorités de recours cantonales paraît moins ferme que celle du Tribunal fédéral et admettre parfois plus facilement une application du nouveau droit cantonal ou communal en cours de procédure. Cela s'explique sans doute par le plus large pouvoir d'examen dont elles bénéficient²¹. En droit vaudois, l'ancienne commission cantonale de recours en matière de construction appliquait en règle générale le droit en vigueur au moment où elle statuait, même si celui-ci était entré en vigueur après la décision attaquée²². Le Tribunal administratif, puis la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, se sont toutefois distancés de cette conception et se réfèrent désormais – bien que parfois de manière hésitante – aux mêmes formules que celles du Tribunal fédéral²³. Il s'agit peut-être d'un effet du passage d'une juridiction spécialisée en matière de construction à une juridiction administrative générale qui a tendance à appliquer pour des problématiques telles que celle du droit transitoire des principes généraux valables pour l'ensemble du droit administratif. Compte tenu du pouvoir d'examen restreint à l'arbitraire dont dispose le Tribunal fédéral pour contrôler l'application du droit cantonal, les autorités de recours cantonales conservent à notre avis une certaine marge d'appréciation pour s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral s'agissant de l'application du droit cantonal dans le temps. Elles doivent en revanche se conformer à la jurisprudence de Mon Repos s'agissant de l'application du droit fédéral²⁴.

En résumé, en l'absence de dispositions transitoires, la jurisprudence opère le plus souvent une distinction entre l'autorité de décision – laquelle doit en principe appliquer le droit en vigueur au moment où elle statue – et l'autorité de recours – laquelle doit en principe appliquer le droit en vigueur au moment où l'autorité de décision a statué. Ce n'est qu'en présence de motifs impératifs ou si l'économie de procédure le justifie que l'autorité de recours applique le droit entré en vigueur pendant la procédure de recours.

Cette distinction théorique ne résiste toutefois pas toujours à la mise en pratique comme le montre l'exemple de la *lex Weber*.

²¹ Cf. GRIFFEL, p. 13-14, qui expose la jurisprudence du Tribunal administratif zurichois selon laquelle le droit déterminant est celui en vigueur au moment où la dernière autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit a statué.

²² BOVAY, p. 147 et réf. citées.

²³ Cf. parmi d'autres CDAP AC.2017.0139 du 26 mars 2019, consid. 3 ; AC.2018.0023 du 20 février 2019, consid. 1a ; AC.2017.0020 du 20 juillet 2018, consid. 1a ; AC.2011.0273 du 17 octobre 2012, consid. 9c. Cf. toutefois GE.2017.0216 du 11 juin 2018, consid. 1a ; PE.2010.0579 du 6 avril 2011, consid. 2c considérant que le nouveau droit entré en vigueur pendant la procédure de recours est en général applicable pour les situations durables.

²⁴ GRIFFEL, p. 14, au sujet de la jurisprudence cantonale zurichoise.

II. Quand la *lex Weber* revient du futur

« – *Du calme, c'est moi, c'est moi, c'est Marty.*

– *Non, c'est impossible, je viens de te renvoyer vers le futur !*

– *Oui, je sais vous m'avez aidé à retourner vers le futur, mais me revoilà : je suis de retour du futur. »*

Dialogue entre Emmett Brown, alias Doc, et Marty McFly dans *Retour vers le futur 3* (1990)

La question pratique de droit transitoire qui a fait dernièrement couler le plus d'encre est sans doute l'application de ce qui est communément appelé la *lex Weber* soit la limitation constitutionnelle des résidences secondaires à 20 % du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune (art. 75b al. 1 Cst.).

A. La situation immédiatement après la votation

Adoptée lors de la votation populaire du 11 mars 2012, l'initiative populaire « Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires », dont le fer de lance était Franz Weber, contenait une disposition régissant son application pendant la période transitoire courant jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation d'exécution. Introduit comme l'art. 197 ch. 9 Cst., cette règle précise que les permis de construire des résidences secondaires délivrés entre le 1^{er} janvier de l'année qui suit l'adoption de l'initiative – soit le 1^{er} janvier 2013 – et la date d'entrée en vigueur de ses dispositions d'exécution sont nuls. Pour le surplus, l'initiative ne contenait aucune règle topique régissant son application aux procédures de permis de construire pendantes au moment de son adoption.

Quant à l'ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires²⁵, adoptée par le Conseil fédéral pour tenter de clarifier les choses, elle prévoyait certes une disposition transitoire (art. 8) mais qui, comme le texte constitutionnel, ne réglait explicitement que la question des permis de construire des résidences secondaires délivrés entre le 1^{er} janvier 2013 et l'entrée en vigueur de la législation d'exécution ordinaire.

L'absence de disposition topique sur l'application « immédiate » de l'art. 75b Cst. aux procédures de recours pendantes, combinée avec l'interprétation pour le moins délicate de la disposition transitoire rédigée par les initiants, a provoqué des pratiques divergentes des autorités surchargées de contestations quant à la validité des très nombreux permis de

²⁵ RO 2012 4583.

construire des résidences secondaires délivrés avant le 1^{er} janvier 2013²⁶. Cette cacophonie a duré environ une année.

B. La jurisprudence antérieure à la loi sur les résidences secondaires

Dans deux arrêts de principe du 22 mai 2013²⁷, le Tribunal fédéral a considéré que les autorités statuant sur une demande de permis de construire une résidence secondaire devaient en principe appliquer le nouvel art. 75b Cst. dès son entrée en vigueur et refuser en conséquence les permis de construire pour de nouvelles résidences secondaires dans les communes où les limites posées par cette disposition étaient atteintes. Selon cet arrêt, les permis de construire une résidence secondaire délivrés après l'entrée en vigueur de la *lex Weber*, le 11 mars 2012, sont dès lors annulables. Dès le 1^{er} janvier 2013, l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. aggrave l'effet juridique de la non-conformité au droit par la nullité du permis délivré.

Toutefois, dans ces mêmes arrêts, le Tribunal fédéral a précisé, confirmant sur ce point un arrêt déjà rendu antérieurement²⁸, que la limite des 20 % ne s'appliquait pas aux permis de construire délivrés avant le 11 mars 2012 par l'autorité compétente mais qui faisaient l'objet d'une procédure de recours cantonale ou fédérale. Autrement dit, conformément aux principes rappelés plus haut, le Tribunal fédéral a opéré une distinction, qui ne résultait pas du texte de l'initiative, entre l'autorité de première instance, laquelle devait appliquer la limite des 20 % dès son entrée en vigueur, et les autorités de recours, qui ne devaient l'appliquer que lorsque l'autorité de première instance avait statué après la date d'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle²⁹. Contrairement au Parlement fédéral (cf. let. C ci-dessous), la Haute Cour n'a ainsi pas considéré que la date d'entrée en force du permis de construire constituait un élément pertinent pour l'application du nouveau droit³⁰.

²⁶ Sur le plan vaudois, la CDAP avait estimé que la *lex Weber* n'était pas applicable aux permis de construire délivrés entre le 11 mars 2012 et le 31 décembre 2012, y compris si la CDAP avait statué après le 1^{er} janvier 2013 (AC.2017.0127 du 22 novembre 2012 annulé par l'ATF 1C_22/2013 du 29 novembre 2013 ; AC.2012.0234 du 28 février 2013 annulé par l'arrêt 1C_332/2013 du 28 octobre 2013).

²⁷ ATF 139 II 243, consid. 11.6, traduit in RDAF 2014 I 351 ; ATF 139 II 263 consid. 3., traduit in RDAF 2014 I 354.

²⁸ TF 1C_215/2012 du 14 décembre 2012, consid. 2.4 ; GRIFFEL, p. 27 ss.

²⁹ JÄGER/HAUSER in : ZWG-Kommentar, n. 12 ad art. 25.

³⁰ « *Baubewilligungen, die vor dem 11. März 2012 erstinstanzlich erteilt wurden, fallen nicht unter die neuen Verfassungsbestimmungen und bleiben gültig, unabhängig vom Zeitpunkt, in dem sie rechtskräftig geworden sind* » (ATF 139 II 243, cité note 27, consid. 11.6 ; c'est nous qui soulignons).

C. La disposition transitoire de la loi sur les résidences secondaires

L'art. 25 al. 1 de la loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (LRS ; RS 702), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, prévoit que la législation d'application est applicable aux demandes d'autorisation de construire qui doivent faire l'objet d'une décision de première instance ou qui sont contestées par recours après son entrée en vigueur. Les autorisations de construire entrées en force avant le 31 décembre 2012 conformément au droit cantonal en matière de procédure restent valables (art. 25 al. 4 LRS).

Autrement dit, le législateur fédéral s'est écarté de la solution retenue par la jurisprudence en considérant que le nouveau droit doit s'appliquer non seulement aux demandes de permis de construire pendantes au moment de son entrée en vigueur mais également à celles qui font l'objet d'un recours et qui ne sont donc pas entrées en force. Le critère permettant de déterminer le droit applicable n'est donc plus la date où l'autorité de première instance a statué mais celle de l'entrée en force du permis de construire³¹.

Lors des débats parlementaires, le Conseil national avait adopté sur proposition de sa commission un alinéa 3^{bis} autorisant la construction de nouvelles résidences secondaires ou la réaffectation de résidences principales en résidences secondaires si la demande d'autorisation avait été déposée jusqu'au 31 décembre 2012, quelle que soit la date d'entrée en force de la décision³². Cette proposition, qui se référait à un troisième critère – la date de la demande du permis de construire – a toutefois été rejetée par le Conseil des États au motif qu'elle aurait affaibli le dispositif et qu'elle était contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral³³. Le Conseil national a fini par se rallier à cette position³⁴.

Avec cette position plus stricte que celle du Tribunal fédéral, qui l'était déjà passablement³⁵, l'intervention du législateur fédéral a, à l'instar de celles de Doc et Marty dans les films *Retour vers le futur*, « brisé le continuum espace-temps » en rendant à nouveau applicable la limite des 20 % de résidences secondaires à des situations qui y échappaient jusqu'au 1^{er} janvier 2016³⁶.

³¹ BIANCHI, p. 298 paraît toutefois considérer que c'est le même critère que celui utilisé par la jurisprudence ; voir aussi JÄGER/HAUSER, in : ZWG-Kommentar, n. 14 ad art. 25.

³² BO 2015 N 75 ; cf. BIANCHI, p. 298, note 26 ; JÄGER / HAUSER in : ZWG-Kommentar, n. 4 ad art. 25.

³³ BO 2015 E 115, intervention Bischofberger.

³⁴ BO 2015 N 308.

³⁵ BIANCHI, p. 298.

³⁶ Soit les autorisations de construire accordées par l'autorité de première instance avant le 11 mars 2012 mais qui n'étaient pas encore entrées en force le 1^{er} janvier 2016.

D. La jurisprudence postérieure à la loi sur les résidences secondaires

Dans un arrêt de principe du 24 mai 2018³⁷, le Tribunal fédéral a confirmé que l'art. 25 al. 1 LRS consacrait une solution différente de celle résultant de sa précédente jurisprudence.

Dans cette affaire, la Haute Cour avait à trancher la validité d'un permis de construire un immeuble résidentiel de huit appartements délivré par la commune d'Ayent (VS) le 2 juin 2010, soit bien avant la votation populaire sur la *lex Weber*. Saisi d'un recours, le Tribunal cantonal valaisan avait subordonné le permis de construire à quelques modifications du projet portant sur d'autres points que l'affectation en résidence secondaire ; le permis n'était dès lors jamais entré en force. La deuxième décision positive des autorités communales du 29 mai 2015, antérieure à l'entrée en vigueur de la LRS, avait également été contestée. Le Tribunal fédéral a considéré que la LRS était applicable même si tant la date du dépôt de la demande de permis de construire que celle où l'autorité de première instance avait statué sur le principe de la construction étaient antérieures à la votation sur la *lex Weber*. Selon Mon Repos, le législateur a exprimé clairement sa volonté d'appliquer le nouveau droit aux demandes qui ne font pas l'objet d'une autorisation de construire entrée en force le 1^{er} janvier 2016, donc également aux procédures qui, pour différentes raisons, étaient encore pendantes devant une autorité de recours à ce moment-là sans égard à la date à laquelle l'autorité de première instance avait statué³⁸. Il a conclu son arrêt en estimant que l'application de la *lex Weber* au cas particulier était sévère mais qu'elle résultait d'une disposition du droit fédéral que la Haute Cour ne pouvait écarter en raison de l'art. 190 Cst³⁹, formule qui laisse entendre quelques doutes sur la constitutionnalité de la solution de la LRS.

III. Les dangers des voyages dans le temps

« Les voyages dans le temps sont beaucoup trop dangereux. Mieux vaut que je me consacre à l'étude de l'autre grand mystère de l'univers : les femmes. »

Emmet Brown, alias Doc, dans *Retour vers le Futur 2* (1989)

³⁷ ATF 144 II 326 (f) ; voir aussi TF 1C_439/2017 du 6 août 2018, consid. 3.

³⁸ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral aurait à notre avis pu – ou même dû – considérer que la question de l'affectation des bâtiments litigieux en tant que résidence secondaire avait fait l'objet d'une décision entrée en force puisque l'arrêt cantonal de renvoi portait sur d'autres questions (notamment les sorties de secours et la ventilation du parking souterrain).

³⁹ ATF 144 II 326 (f), consid. 2.4 *in fine* ; cf. également arrêt 1C_439/2017 du 6 août 2018, consid. 3.3.

A. Le risque de dispositions transitoires problématiques

Comme l'illustre l'exemple de la *lex Weber*, l'adoption par le législateur, voire même par le constituant, de dispositions transitoires n'est pas forcément de nature à améliorer la sécurité du droit. Il conviendrait en tout cas d'éviter l'application de solutions différentes à des recours concernés par un même changement de loi, ce qui fut le cas pour la limitation des résidences secondaires.

En outre, la référence à une notion telle que l'entrée en force peut conduire à des difficultés d'application et à une forme d'insécurité juridique. En effet, l'entrée en force plus ou moins rapide d'une décision dépend de nombreux facteurs qui ne devraient pas avoir d'incidence sur le droit applicable : on peut penser par exemple aux priorités qui sont définies par les magistrats dans le traitement de leur dossier. La jurisprudence admet d'ailleurs que, dans certaines situations équivalant à un retard ou à un refus de statuer, l'ancien droit puisse rester applicable⁴⁰. Tel est également le cas lorsqu'un voisin retarde la procédure pour des motifs téméraires.

Cette jurisprudence a parfois été concrétisée dans des dispositions transitoires. Ainsi, l'art. 52a al. 1 OAT prévoit que le moratoire sur la création de nouvelles zones à bâtir prévu par l'art. 38a al. 2 LAT ne s'applique pas aux classements en zone à bâtir pendants devant une autorité de recours « si le recours n'induit ni un réexamen ni une correction matérielle partielle de la décision d'approbation ou s'il a été déposé de façon téméraire ». Cette formulation est peu praticable dans la mesure où elle contraint l'autorité de recours à examiner à titre préjudiciel les mérites du recours pour déterminer le droit applicable. Analysant la portée peu claire de cette disposition transitoire, le Tribunal fédéral a d'ailleurs choisi de se référer aux principes généraux pour conclure qu'il existait un intérêt public majeur à appliquer immédiatement le moratoire sur la création de nouvelles zones à bâtir dans les cantons où celles-ci sont surdimensionnées⁴¹.

B. L'aléa de l'intérêt public immédiat à l'application du nouveau droit

Même s'il qualifie la solution du législateur pour la *lex Weber* de sévère, le Tribunal fédéral a lui-même ouvert de longue date la brèche pour une application immédiate du nouveau droit pendant la procédure de recours, en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement ainsi que par la réduction des zones à bâtir surdimension-

⁴⁰ ATF 119 Ib 174, consid. 3, traduit in JdT 1995 I 439 ; ATF 139 II 263, cité note 27, consid. 8.2 ; JÄGER/HAUSER, in : ZWG-Kommentar, n. 13 ad art. 25 ; PIREK, n. 776, p. 335 et réf. citées.

⁴¹ ATF 141 II 393 (f) ; cf. également AEMISEGGER/KISLING, in : *Commentaire pratique LAT*, n. 26 ss ad art. 38a LAT.

nées⁴². Dès lors que la *lex Weber* poursuit un but de protection du paysage, le Tribunal fédéral aurait aussi pu appliquer la limitation du nombre de résidences secondaires aux procédures de recours pendantes, ce qui lui a finalement imposé le Parlement. Il est toutefois vrai que la rédaction malheureuse des dispositions transitoires des initiants ne lui laissait guère de marge de manœuvre.

Cet exemple illustre surtout la difficulté posée par l'interprétation des différentes formules utilisées par la jurisprudence pour justifier une application immédiate du nouveau droit aux procédures de recours pendantes. Il est peu aisé pour l'autorité de recours de déterminer quand la législation poursuit un but « d'ordre public », « d'intérêt public prépondérant » ou « dont l'application ne souffre aucun retard » qui justifie son application immédiate, y compris en défaveur de l'administré qui sollicite un avantage de l'État. Le problème se pose avec d'autant plus d'acuité en droit cantonal ou communal où le juge dispose souvent de moins d'éléments – notamment de travaux préparatoires peu fournis – pour déterminer la volonté du législateur.

En l'absence de dispositions transitoires imposant clairement l'application immédiate du nouveau droit aux procédures de recours pendantes, l'autorité de recours, en particulier judiciaire, doit appliquer le droit qui a été appliqué par l'autorité de première instance. Une solution différente ne se justifie à notre avis que si l'autorité de première instance, en raison de l'entrée en vigueur du nouveau droit, doit rendre une nouvelle décision soit en faveur de l'administré (réexamen ou décision favorable sur une nouvelle demande) soit en défaveur de celui-ci (révocation qui obéit à des conditions strictes).

C. Le danger des inégalités de traitement

Si le principe d'égalité de traitement ne protège pas les citoyens contre tout changement de loi, il convient d'en tenir compte au moment de définir le régime transitoire. Or, il n'est le plus souvent guère compatible avec ce principe de traiter différemment deux situations au seul motif que l'une d'entre elle a été examinée par une autorité de recours. Une disposition telle que l'art. 25 LRS, qui impose l'application du nouveau droit à l'autorité de recours (al. 1) tout en garantissant les droits acquis des propriétaires au bénéfice d'un permis de construire entré en force (al. 4), aboutit à une différence de traitement fondée sur la seule existence d'une procédure de recours – laquelle peut de surcroît avoir été initiée pour des motifs sans lien avec la limitation du nombre de résidences secondaires. Sous cet angle, on peut se demander si une application du nouveau droit en procédure de recours au détriment de l'administré qui sollicite un avantage ne se justifie pas seulement si l'intérêt public à l'application immédiate du nouveau droit est

⁴² ATF 141 II 393 (f), consid. 2.4.

tel qu'il justifierait également une révocation d'une décision entrée en force peu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Conclusion

« *Le futur n'est jamais écrit à l'avance pour personne ; votre futur sera exactement ce que vous en ferez alors faites qu'il soit beau pour chacun de vous.* »

Emmet Brown, alias Doc, dans *Retour vers le futur 3* (1990)

C'est un privilège des juristes de pouvoir voyager dans le temps au gré des humeurs des législateurs. Les autorités de recours, en particulier judiciaires, doivent néanmoins faire preuve d'un minimum de précautions avant d'entreprendre un tel périple. Elles prendront soin d'emporter leur boussole – les principes généraux parmi lesquels l'égalité de traitement et la protection de la bonne foi – que le législateur égare parfois dans son activisme. Le voyage vers le futur nous réserve quoiqu'il en soit sans doute de nouvelles découvertes, ce qui fait tout le sel de notre discipline.

Bibliographie

- AEMISEGGER Heinz/MOOR Pierre/RUCH Alexander/TSCHANNEN Pierre (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Berne 2016 (cité : *Commentaire pratique LAT*).
- BIANCHI François, La loi sur les résidences secondaires : une première approche, RNRF 2015, p. 293 ss (cité : BIANCHI).
- BOVAY Benoît, *Le permis de construire en droit vaudois*, 2^e éd., Lausanne 1988 (cité : BOVAY).
- GRIFFEL Alain, *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts*, in : Uhlmann Felix (édit.), *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel Der Rechtssetzungslehre und des Verwaltungsrechts*, Zurich 2014, p. 7 ss (cité : GRIFFEL).
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich 2016 (cité : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).
- KÖLZ Alfred, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, RDS 1983 II, p. 101 ss (cité : KÖLZ).
- MEYER Ulrich / ARNOLD Peter, *Intertemporales Recht: eine Bestandaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlichen-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*, RDS 2005 I, p. 115 ss (cité : MEYER/ARNOLD).
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012 (cité : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET).
- PIREK Milena, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, thèse Fribourg, Zurich 2018 (cité : PIREK).
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève 2018 (cité : TANQUEREL).

WOLF Stefan (édit.), *Zweitwohnungsgesetz (ZWG)*, Berne 2017 (cité : *ZWG-Kommentar*).

Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles

Table of Contents

Page

Introduction	153
I. The Problem: Conflicting territorial titles through Time	154
A. Multititular and Unititular Systems of Law	154
B. The Gradation of Territorial Titles	157
II. The Solution: Historical Consolidation of Territorial Titles	158
A. The Concept and its Genesis	158
B. Its Tormented Jurisprudential Life	161
Conclusion	163
Bibliography	165

Introduction

No other jurists better than the honoree of this *Liber amicorum* may savour the delicacies of the role of jurisprudence in the fashioning and shaping of legal concepts. In the case in point, the largely debated question of the conflicting territorial titles through time is at the centre of this brief contribution.

Time plays an important role in territorial disputes, maritime and land alike, from three yet interrelated standpoints.

First, critical date is a habitué of international adjudication so that it would be hardly impossible to conceive a judicial settlement of disputes without reference to it. Elsewhere, I noted that “[by] determining the date at which the dispute is definitively ‘crystallized’ – namely the main effect of critical date – a judicial organ will be able at the same time to set within the framework of intertemporal law, the principles and rules

* Professeur à l’Université de Neuchâtel et à l’Académie de droit international et de droits humains (Genève).

applicable for the settlement of the dispute”.¹ At the same time, the determination of the critical date allows the tribunal to distinguish between those facts that may be brought before it by the Parties to prove their claim and those that must be, in principle, be rejected for they are “carried with the sole purpose of establishing its sovereignty while the latter is precisely and overtly challenged by another state”.²

The second dimension is that of the evolution of applicable Law. Since public international law does evolve continuously, a legal fact which admittedly produces some legal effects at a given time (and thus at a corresponding phase of the evolution of the Law) must, in order for these effects to continue to exist, fulfil relevant conditions to this effect that the Law imposes. Hence, one ought to distinguish – with regard to territorial disputes in public international law – between the birth of the title (upon which stands territorial sovereignty)³ and its continued existence. In other words, the evolution of the law interacts with two different (temporal) stages in the life of a territorial title. Therefore, and as a general rule, it shall be noted that the need to uphold the title in conformity with the “legal systems prevailing at successive periods”⁴ of time flows from the composite structure of most (if not all) of the territorial titles. Law requires then that other “vesting facts” add up to the first “vesting fact”, having given birth to the original title, in order for the territorial title to strengthen and at the same time to be at consonance with the prevailing legal system, thence the close intertwining of the principle of intertemporal law with the very notion of “better title”.

The third dimension is that precisely of conflicting territorial titles over time and it will be the focus of this short study. It will be shown in the following pages that these three dimensions “Time” are intimately and ultimately intertwined.

I. The Problem: Conflicting territorial titles through Time

A. Multititular and Unititular Systems of Law

Law is indeed far from being the only variable in the equation of a territorial dispute; States’ titles undergo change and modifications in their strength and weight. These two concepts find their proper place in “multititular” rather than “unititular” systems with

¹ DISTEFANO Giovanni, Time Factor and Territorial Disputes, in: KOHEN/HÉBIÉ, *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham 2018, p. 398.

² *Ibid.*, p. 399. These two dimensions have been dealt with in the aforementioned essay.

³ DISTEFANO Giovanni, *Droit international des espaces*, Paris 2017, p. 11-14.

⁴ Island of Palmas case (Netherlands / USA), award of April 1928, 2 RIAA, p. 845.

regard to the establishment and extinction of territorial titles. By the former, Common law jurisprudence generally refers to a plurality of “sources” to title of ownership (and thence of claims thereof), which are independent to one another. Therefore, several “roots of title” may develop individually and concurringly, giving birth to different claims to property. On the contrary a “unitular” system of titles to ownership presupposes that there is only a sole root of title from which may stem different claims; quite simply, a title may only supersede a competing one by erasing it.

Against this backdrop, the concepts of “better title”, “strength” or “weight” of title play their role in Common Law when:

“[s]everal persons may have titles to the same thing; thus, a new possessor has, under some systems of law, a *better right* to possess than any other later possessor of the thing deriving the title from an earlier possessor... Hence there may be problems of priority of title”.⁵

This entails the possibility that a new title may well crop out the root of which does not stem from a previous one, leading thus to a situation where conflicting titles continue to exist independently, strengthening or weakening reciprocally at the same time.⁶

Quite apparently, the “drawbacks” – if they may be so tagged – which flow therefrom cannot but be resolved through the recourse to “critical date” or “critical period”. This constitutes an aspect which is specific to territorial disputes and must not be underrated, as Judge Levi Carneiro aptly stressed:

“it is my view that while the French original title – which rested at most on an unproved and doubtful suzerainty said to have been accepted against the will of the vassal and not to have been respected by him – while this title was disappearing and becoming extinct, the English original title – resting on what was probably unconditional conquest by the Normans – was growing stronger, becoming consolidated, and finding a legal basis as a result of the successive treaties and the almost uninterrupted occupation of the Channel Islands as a whole, and, final-

⁵ HONORÉ Anthony M., Ownership, in: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1961, p. 135 [italics added]; BALLANTINE Herbert W., Title by Adverse Possession, 32 *Harvard Law Review* 1918, p. 135-152.

⁶ “[T]he later acquisition may have the effect either of divesting the earlier or of creating a second, *concurrent title*; in the latter event, the two titles may continue indefinitely to run concurrently, or the *earlier* may lapse or become unenforceable after a period of time”, HONORÉ, *supra* note 5, at p.136 [italics added].

ly, of the assertion of national sovereignty when political feudalism disappeared”.⁷

In this respect, it must be borne in mind that not only international legal order is a “multititular” system but also that no territorial title is immutable, forever cast in stone. On the contrary, territorial titles evolve, undergo modifications and changes, interact with new facts and are faced to conflicting territorial claims and titles. Furthermore, other (vesting) facts and acts graft upon the original title leading thus to its strengthening or weakening; thence, the adjective “relative” referred to by Judge Huber in the *Palmas* case.⁸

Contrariwise, within a “unititular” system, only a sole – and common – source of title with regard to property (or sovereignty in public international law) can exist. Hence, conflict between titles cannot but envisaged in a diachronic way, i.e. more recent title will prevail over the less recent.⁹ Quite naturally, “unititular” systems are pervaded by a primitive conception of a legal system and more notably of the modes of creation and extinction of subjective rights. This is why municipal and international legal orders – that are impregnated with flexibility¹⁰ and are more sophisticated – are “multitular” in this respect.

⁷ *Minquiers and Ecrehos* case (France / United Kingdom), Judgement of 17 November 1953, *ICJ Reports 1953*, p. 97 (individual opinion). In the same vein: “The Court notes that in respect of a situation which could only be *strengthened* with the passage of time, the United Kingdom Government refrained from formulating reservations”, *Fisheries* case (United Kingdom v. Norway), Judgement of 18 December 1951, *ICJ Reports 1951*, p. 139 [italics added]; “*In Qatar, therefore, the authority of the Al-Thani gradually spread, while that of the Al-Khalifa progressively shrank*”, Joint dissenting opinion of Judges Bedjaoui, Koroma and Ranjeva appended to the ICJ’s Judgement in the Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Qatar v. Bahrain*), Judgement of 16 March 2001, *ICJ Reports 2001*, § 104 (at 179) [italics in the original text].

⁸ *Island of Palmas* case, *supra* note 4, p. 869. In the same vein: SIR GERALD FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II*, 32 *BYIL* 1955-1956, p. 64-65; *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India / Pakistan)*, arbitral award of 19 February 1968, 17 *RIAA*, p. 528, 569. See also the diplomatic correspondence (20-22 July 1895) between Brazil and Great-Britain regarding the disputed sovereignty over the island of the Trinity in 21 *Nouveau Recueil Général*, 2nd series, p. 637, where one clearly recognizes the intermingling of these two concepts.

⁹ “[I]f the title to a thing is in A, no title to it can be acquired (independently) by B, except by a process which divests A. There is only one ‘root of title’ for each thing... and the present title can ultimately be traced back to that root”, HONORÉ, *supra* note 5, p. 137.

¹⁰ “[I]t emerges that multititular systems are more flexible than unititular systems...”, HONORÉ, *supra* note 5, p. 141.

B. The Gradation of Territorial Titles

In this connection, one may make recourse to concepts such as “better title” and “relative strength/weight” of territorial titles. These notions constitute of international tribunals’ toolbox with regard to the judicial settlement of territorial disputes which are not but conflicts between legal titles. Furthermore, the link between the multititular character of the international legal order and the concept of “better title”¹¹ is apparent:

“[T]he concept of title employed to solve disputes approximates to the notion of the better right to possess familiar in common law. The operation of the doctrines of prescription, acquiescence, and recognition makes this type of approach inevitable, but in any case tribunals will surely favour an approach which reckons with the limitations inherent in a procedure dominated by the presentation of evidence by two claimants, the result of which is not automatically opposable to third states”.¹²

Indeed, if the dispute is brought before an international tribunal, the latter will then evaluate the “weight”, the “strength” of a title compared to the competing title.¹³ As Judge Huber observed in this respect:

“If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title – cession,

¹¹ MCNEIL Kent, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford 1989, p. 75; Sir Mark Frank LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, New York 1926, p. 229; CASSESE Antonio, *Legal Considerations on the International Status of Jerusalem*, 3 *Palestine Yearbook of International Law* 1986, p. 34. Common Law jurisprudence refers also to the so-called ‘paramount title’, which is from time to time borrowed by international case-law too. By this concept is meant: “In the law of real property, properly one which is *superior to the title with which is compared, in the sense that the former is the source or origin of the latter*. It is, however, frequently used to denote a title which is simply *better or stronger* than another or will prevail over it. But this use is scarcely correct, unless the *superiority* consists in the *seniority* of the title spoken of as ‘paramount’”, BLACK’S LAW DICTIONARY, St. Paul, 1990 (6th ed.), p. 1112 [Italics added]. The differentiation between ‘multititular’ and ‘unititular’ systems is recognizable in the background of territorial disputes wherein it determines the modalities of extinction of ‘weaker’ titles. See individual opinion of Judge Kooijmans appended to the ICJ’s Judgement in the Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrein), Judgement of 16 March 2001, *ICJ Reports 2001*, §§ 59-70 (p. 240-243); *ibid.*, joint dissenting opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva and Koroma, §§ 15, 48-51 (p. 153, 162-163).

¹² BROWNLIE Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford 1990 (4th ed.), p. 124.

¹³ “...[S]overeignty should be accorded to that Party which has demonstrated in its own conduct the *greater degree* of continuous effective control, jurisdiction or possession”, Dubai-Sharjah Border Arbitration case (Dubai / Sharjah), arbitral award of 19th October 1981, 91 *International Law Reports*, § 9 [italics added]. In the same vein: Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Pleadings, Oral Arguments and Documents, 1962, Vol. II, p. 525.

conquest, occupation, etc. – superior to that which the other State might possibly bring forward against it”.¹⁴

Hence, in the context of a territorial dispute, the weight of a territorial title is perforce “relative” insofar as it is gauged vis-à-vis its potential competitors.¹⁵

II. The Solution: Historical Consolidation of Territorial Titles

A. The Concept and its Genesis

One may contend that territorial titles are ultimately created and extinguished through what may be called “a complex fact”, which designates a bundle of single and indivisible facts compacted into a collective whole aimed at conveying or extinguishing territorial sovereignty.¹⁶ The efficacy of this bundle of facts depends upon the circumstances. As we read in one of the most authoritative handbooks of public international law – *Oppen-*

¹⁴ Island of Palmas case, *supra* note 4, p. 838-839 [italics added]. International case law is particularly telling and conspicuous: Boundary delimitation case (United States v. Great-Britain), arbitral award of 10 January 1831, *Pasicrisie Internationale* (HENRI La Fontaine), Bern, 1902, p. 14; The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, *supra* note 8, p. 528: “[A] judgement has to be rendered on the relative strength of the cases made out by two parties”; Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgement of 15 June 1962, *ICJ Reports 1962*, p. 30; *Affaire du Partage des États de Seyid-Saïd* (Muscat v. Zanzibar), arbitral award of 2 April 1861, 2 *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 68; Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), arbitral award of 9 October 1998, 22 *RIAA*, §§ 455, 496, 509 (at 313, 324, 327); Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, *supra* note 7, § 203 (p. 101), even though the Court did not feel the need to apply it in that case.

¹⁵ “[I]l s’agit assez souvent, moins d’établir le bien-fondé absolu de l’une des thèses en présence – chacun offrant fréquemment des points forts et des faiblesses – que d’apprécier la valeur relative des prétentions par la recherche du ‘titre meilleur’”, DE VISSCHER Charles, *Observations sur l’effectivité en droit international public*, 62 *RGDIP* 1958, p. 604. In the Eastern Greenland case (Legal Status of Eastern Greenland case (Norway/Denmark), Judgement of 5 April 1933, *PCIJ Reports*, A/B 53, p. 46), the PCIJ affirmed in an uncontroversial way that: “In most of the cases involving claims to territorial sovereignty which have come before an international tribunal, there have been two competing claims to the sovereignty, and the tribunal has had to decide which of the two is the stronger. [...] a superior claim”. See likewise: Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (Sprska Republic v. Federation of Bosnia and Herzegovina), arbitral award of 14 February 1997, 36 *ILM* 1997, § 75 (at 421).

¹⁶ See in this regard, DISTEFANO Giovanni, *supra* note 3, p. 49-51.

heim's International Law –, whose last editor is the late Professor Robert Jennings, a “complex fact” can:

“include continued and effective occupation and administration, acquiescence and/or protest, the relative strength or weakness of any rival claim, the effects of the inter-temporal law, the principle of stability in territorial title and boundaries, regional principles such as *uti possidetis*, geographical and historical factors, the attitudes of the international community, and the possible requirements of self-determination, and also indeed the possibly unlawful origin of the original taking of possession, and that subjugation is no longer per se a recognisable title. The weight to be given to these factors and considerations, in the assessment of the total result in terms of a consolidated title, will vary with particular cases.”¹⁷

Akin to the creation and termination of territorial titles through a “complex fact” is what has been labelled in the relevant literature as the “historical consolidation of title”. This expression has been forged in the wake of the Court’s judgement in the *Norwegian Fisheries Case*, where it declared:

“Norway has been in a position to argue without any contradiction that neither the promulgation of her delimitation Decrees in 1869 and in 1889, nor their application, gave rise to any opposition on the part of foreign States. Since, moreover, these Decrees constitute, as has been shown above, the application of a well-defined and uniform system, it is indeed this system itself which would reap the benefit of general toleration, the basis of an historical consolidation which would make it enforceable as against all States. The general toleration of foreign States with regard to the Norwegian practice is an unchallenged fact.”¹⁸

The Court’s statement resounded in effect as a remote echo to what Denmark had pleaded thirty years earlier in the Eastern Greenland case, where Charles De Visscher was unsurprisingly one of its legal advisers.¹⁹

As it has been authoritatively and persuasively noted, Professor de Visscher’s “analysis ... is a penetrating and illuminating observation of the way Courts actually tackle ques-

¹⁷ OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW, ed. by Sir Robert JENNINGS and SIR Arthur WATTS, Harlow (Essex), 1992 (9th ed.), § 275, p. 716.

¹⁸ ICJ, Fisheries Case *supra* note 7, p. 138. It is thenceforward commonplace to attribute the construction of this concept to the prominent Belgian jurist who was indeed sitting on the ICJ’s bench at that time.

¹⁹ “[C]’est à la fois sa possession immémoriale et l’assentiment général et continu par les États à l’affirmation et à l’exercice de la souveraineté danoise, expression d’une volonté qui, renforcée par l’action du temps, a graduellement consolidé la possession en une situation juridique valable erga omnes”, Rejoinder of the Danish Government, PCIJ, Vol. 63, at 721 (22 July 1932), Eastern Greenland case, *supra* note 15.

tions of title to territorial sovereignty”,²⁰ even though this concept has not been “spelled out as a doctrine by any court, and there may be some danger in allowing what is basically a simple, and indeed obvious, idea to develop into a somewhat doctrinaire principle”.²¹

This theory – which purports to explain how territorial titles can evolve through time in the light of States’ conducts – was positively received by subsequent doctrine²² and case-law (both international and municipal) law alike²³. Quite obviously, the fascination exerted by this construction – notably its versatility and its flexibility – represents the flip side of the coin for its detractors. Indeed, even those authors who do not refute its soundness feel the need to underline its (minor) drawbacks. Sir Robert Jennings wrote: “Historical consolidation is also a *voracious* concept, and it should be kept within bounds”²⁴, while Brownlie maintained:

“However, it is probably confusing to overemphasise, and to lump together, this *penumbra of equities* by discovering the concept of consolidation. Apart from the concept of consolidation, the rate of social, economic, and other ‘non-legal’ considerations in the application by tribunals of the more orthodox legal principles is not to be denied”.²⁵

In fact, contrariwise to its designation “historical”, this theory “is in some measure a misnomer”, for it tends “to augment the significance of relatively recent possession”²⁶ at the expenses of a far remote past ... and of historic and original titles! In fact, and quite paradoxically, the focus is put more on the recent past, i.e. the period immediately before

²⁰ Sir Robert JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, p. 26.

²¹ Sir Robert JENNINGS, *supra* note 20, p. 27-28.

²² See, i.a., OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW, *supra* note 17, § 272, p. 709-710; Sir Robert JENNINGS, *supra* note 20, p. 25; SCHWARZENBERGER Georg, Titles to Territory: Response to a Challenge”, in: GROSS (édit.), *International Law in the Twentieth Century*, New York 1969, p. 290. “A long list of distinguished jurists and writers on international law including Charles De Visscher, Sir Robert Jennings and Professor George Schwarzenberger have lent their support to this principle”, Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening), Judgement of 10 October 2002, *ICJ Reports 2002*, § 135 (p. 582), dissenting opinion of Judge Ajibola.

²³ See: i.a.: Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras; Nicaragua (intervening), Judgement of 11 September 1992, *ICJ Reports 1992*, p. 565 (§ 345); Civil Aeronautics Board and al. v. Island Airlines Inc., District Court (Hawaii), Judgement of 8 October 1964, 35 ILR, p. 79; Re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas, British Columbia Court of Appeal, Judgement of 25 June 1976, 73 ILR, p. 202; Raptis and Son v. State of South Australia (High Court), Judgement of 27 June 1977, 69 ILR, p. 66 [Stephen J., Judge].

²⁴ Sir Robert JENNINGS, *supra* note 20, p. 27 [italics added].

²⁵ BROWNLIE Ian, *supra* note 12, p. 166.

²⁶ Sir Robert JENNINGS, *supra* note 20, p. 27.

the critical date than to a remoter past.²⁷ Furthermore, as rightly underlined by an opponent to this theory, historical consolidation refers more to a process (i.e. duration)²⁸ in time than to an (instantaneous) act in a precise point of time, thence its kinship with the notion of “critical period”.²⁹

B. Its Tormented Jurisprudential Life

The Court’s most recent statement in this regard seems at first glance unquestionable. Indeed, it seemed to reject Nigeria’s argument based on “historical consolidation”, arguing that it “has never been used as a basis of title in other territorial disputes, whether in its own or in other case law”³⁰. It declared furthermore, on a more general basis, that:

“nothing in the Fisheries Judgment suggests that the “historical consolidation” referred to, in connection with the external boundaries of the territorial sea, allows land occupation to prevail over an *established treaty title*. Moreover, the facts and circumstances put forward by Nigeria with respect to the Lake Chad villages concern a period of some 20 years, which is in any event far too short, even according to the theory relied on by it.”³¹

What is all then about? Now, first of (and above) all, even those who support this theory acknowledge that it cannot prevail “over an established treaty title”, since the latter has primacy over sheer effectiveness as we have just underlined. On the contrary, this “theory” or “doctrine” does play its full role in cases where a competing (formal) title has not been fully established or where it has been eroded or weakened due to the titular State’s acquiescence or failure to timely react, thence the correlative and opposite notion, much less famous, of “historical weakening of title” ...

²⁷ More generally with regard to the length of time, it must be observed that “every material situation calls for its own solution, based on the balancing of competing claims and depending on the area. Title [based on historical consolidation] may be proved even without reference to the period of time during which sovereignty had coalesced over the territory in dispute”, Dissenting opinion of Judge Koroma appended to the Court’s judgement in Land and Maritime Boundary case, *supra* note 22, p. 485 (§ 28). This seems to be akin to the formation of a general rule of customary international law as depicted by the ICJ in the North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Netherlands/Denmark), Judgement of 20 February 1969, *ICJ Reports 1969*, p. 44 (§ 74).

²⁸ KOHEN Marcelo, L’influence du temps sur les règlements des conflits territoriaux, in: *Le droit international et le temps*, Paris 2001, p. 144.

²⁹ DISTEFANO Giovanni, *supra* note 1, p. 406-407.

³⁰ ICJ, Land and Maritime Boundary Case, *supra* note 22, p. 352 (§ 65).

³¹ *Loc. cit.* (emphasis added). In fact, one of the members of Court wisely affirmed that “The claim of Nigeria based on historical consolidation is not its invention and is far from being a mere theory”, dissenting opinion of Judge Ajibola, *supra* note 22, p. 581 (§ 134).

Therefore, we are not prone – unlike some prominent authors³² – to reckon that the Court has thereby completely and definitively wiped out this theory from the toolbox of the international lawyer in the field of territorial disputes. Less drastically, the Court has specified this theory’s operative scope as well as its relation vis-à-vis *established* legal titles. In so doing, it may be maintained that the ICJ has not radically departed from what it affirmed in the 1951 Fisheries Case³³. To the contrary, the Court seized this occasion to elucidate its thought regarding one of the most intriguing and yet elaborated theories it has ever referred to.³⁴

Besides, it may be argued that this theory has not been faring well among some scholars on account of its incorrect use or abuses, which has led to miscomprehensions or even to an erroneous construction according to which a title can be established *by* mere elapse of time. Or alternatively, that *in* time a formal (i.e. conventional) title can be eroded and ultimately be extinguished by conflicting effectivités.

It must be borne in mind that a formal title is but one of the recognized means by which a State can acquire sovereignty of a territory and as such does not exhaust all the other means and, foremost, it does not coincide with the title itself. In this regard and with a view to establishing title to sovereignty, international tribunals have often relied on State’s conduct, i.e. acquiescence, estoppel, subsequent practice to a territorial treaty, (lack of) protest, etc., which may well give rise to a legal title, even though it is not “formal” insofar as it is not based on or conveyed by a treaty.³⁵

This is what Judge Koroma had arguably in mind when he wrote that this kind of situations is made up of a:

“complex of interests and relations being continuous and extending over many years plus acquiescence. Historical consolidation also caters for a situation where there has been a clear loss or absence of title through abandonment or inactivity

³² KOHEN Marcelo, *La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente*, 108 *RGDIP* 2004, 561-596.

³³ See in this regard § 220 of the Court’s Judgement in the Land and Maritime Boundary Case (*supra* note 22), where it does not seem that the Court adamantly refuted the theory of historical consolidation.

³⁴ In this respect, the Court’s developments in the Case Concerning Kasikili / Sedudu Island (Judgement of 13 December 1999, *ICJ Reports 1999*, §§ 47-80, p. 1075-1096) appear to be less clear-cut than those enunciated in the Land and Maritime Boundary Case, *supra* note 22, §§ 71-81 (p. 355-358).

³⁵ See i.a.: DISTEFANO Giovanni, *La sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans l’affaire du différend insulaire entre le Yémen et l’Érythrée*, 103 *RGDIP* 1999, p. 863-883; DISTEFANO Giovanni, *supra* note 3, p. 49-51.

on the one side, and an effective exercise of jurisdiction and control, continuously maintained, on the other”.³⁶

In brief, if a formal (i.e. treaty) title has not been established³⁷ then this means that another (competing) title has emerged through *historical consolidation* hence eroding and ultimately extinguishing it. To this effect, it must be proved the “acquiescence” of the former titular vis-à-vis initially “contra legem acts” of the other State. On the contrary, if such an abandonment (conveying State’s consent to relinquish its title) cannot be proved during the critical period vis-à-vis the other State, then the latter’s *effectivités*³⁸ remain indeed *contra legem* and thus they have to bow before the established (treaty) title.

Hence, “historical consolidation” of title may well constitute:

“a valid basis for territorial title, that is to say that proven long use, coupled with a complex of interests and relations ... can have the effect of attaching a territory to a given State. In my opinion, founded on the jurisprudence of the Court [references are accordingly cited], historical consolidation, if supported by the requisite evidence, can be a solid and valid means of establishing territorial title in international law”.³⁹

Conclusion

This “complex” of States’ conducts – conveniently tagged under the formula “historical consolidation of title” – may ultimately evidence their respective consent to relinquish title and intention to acquire it over a given territory so that the validity of the territorial mutation is established in Law. Yet, and it must be ceaselessly repeated, on the condition that the evidential facts lend support to the existence of such a consent – irrespective of the form of its expression – by the State holding the formal title. If that, as it seems, is the right construction of historical consolidation, then, regardless of its actual usefulness and “label”⁴⁰, it does not seem at variance with the famous and oft-cited Heffter’s “Hun-

³⁶ ICJ, Land and Maritime Boundary case, *supra* note 22, p. 485 (§ 26)

³⁷ ICJ, Land and Maritime Boundary case *supra* note 22, p. 415 (§ 223).

³⁸ The “principle [of historical consolidation] has evolved over the years, side by side with *effectivités*”, Land and Maritime Boundary case, *supra* note 22, § 135 (at 582), dissenting opinion of Judge Ajibola.

³⁹ ICJ, Land and Maritime Boundary case, *supra* note 22, § 8 (at 476), dissenting opinion of Judge Koroma.

⁴⁰ *Loc. cit.* In this respect SIR Robert JENNINGS noted that: “the idea of historical consolidation is something more than a terminological reform. It opens the door to a mode of acquiring title that is, or at

dert Jahre Unrecht ist noch kein Tag Recht”.⁴¹ Indeed, according to the famous German jurist, acquiescence – which can be equated to historical consolidation (and of which it is surely one of its constitutive elements) – is ranked among valid “modes” of acquisition of title to territory: it conveys State’s “tacit renunciation”⁴² to title against another State’s claims and assertive conducts.⁴³

A final remark must be made; as it has been shown in the previous pages, Time is one of the two (factual) dimensions, alongside space,⁴⁴ within which State (and thus human) activity takes place. By way of consequence, time and space are not recognized by public international law as vesting or divesting facts likely per se to create, extinguish or modify territorial titles. In other words, certain States’ acts or facts to this effect must be seen against the backdrop of Time, since they are deemed by public international law to engender such legal effects on title to territorial sovereignty.⁴⁵ Grotius had already vividly grasped the true function of time as one of the dimensions of human thought and activity:

“For though time is the great agent, by whose motion all legal concerns and rights may be measured and determined, yet it has no effectual power of itself to create an express title to any property.”⁴⁶

least may become, subtly different from what is found in the old learning about occupation and prescription”, *supra* note 20, p. 25.

⁴¹ The following gloss supplemented this proverb: “However, one must reckon at the same time [he was in fact referring to ‘tacit renunciation’ as a valid means of acquiring territory] that a century of unjust (invalid) possession does not suffice to wash out its original vices”, HEFFTER August Wilhelm, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, 1867 (5th ed.), p. 30 (§ 12). The German legal thinker inspired himself from a German proverb (in which the word “Stunde”, i.e. hour, replaced “tag”, i.e. day: SIMROCK Karl, *Die deutschen Sprichwörter*, Frankfurt 1846, Entry n° 10730, p. 509.

⁴² HEFFTER August Wilhelm, *supra* note 41, § 12, p. 29.

⁴³ “HEFFTER’S (§ 12) dictum, ‘Hundert Jahre Unrecht ist noch kein Tag Recht’ is met by the fact that it is not the operation of time alone, but the co-operation of other circumstances and influences which creates the title by prescription”, so wisely commented OPPENHEIM Lassa, *International Law. A Treatise*, Volume I, New York 1912 (2nd ed.), p. 311, § 243 (footnote 1).

⁴⁴ In the light of the aforesaid, it’s not at all surprising that, reverting completely the perspective (from the object to the subject), time and space are, according to KANT, the two spectacles through which reality is observed. De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis, §§ 14.3 & 15. Both of them are, according to the German philosopher, “intuitions” or a priori categories of the mind (*The Critique of Pure Reason*, 2nd part, §§ 4.2 & 4.7).

⁴⁵ DISTEFANO Giovanni, *L’ordre international entre légalité et effectivité*, Paris 2002, p. 244-313; KOHEN Marcelo, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris 1997, p. 127-154.

⁴⁶ GROTIUS Hugo, *The Law of War and Peace*, (1648), Book 2, Chapter IV.I Translated by A.C. CAMPBELL 1814). GALILEO used to admonish, with regard to the role of determination and measurement played by Time: “Omnia metire quaecumque licet et immensa ad mensuram tempestive redige”.

Bibliography

- DISTEFANO Giovanni, La sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans l'affaire du différend insulaire entre le Yémen et l'Erythrée, 103 *RGDIP* 1999, p. 851-890.
- DISTEFANO Giovanni, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, Paris 2002.
- DISTEFANO Giovanni, *Droit international des espaces*, Paris 2017.
- DISTEFANO Giovanni, Time Factor and Territorial Disputes, in: KOHEN/HÉBIÉ, *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham 2018, p. 397-416.
- KOHEN Marcelo, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris 1997.
- KOHEN Marcelo, L'influence du temps sur les règlements des conflits territoriaux, in: *Le droit international et le temps*, Paris 2001, p. 131-160.
- Sir Robert JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester 1963.
- Sir Mark Frank LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, New York 1926.
- OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, ed. by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Harlow (Essex) 1992 (9th ed.).
- VISSCHER (DE) Charles, Observations sur l'effectivité en droit international public, 62 *RGDIP* 1958, p. 601-609.

Un droit pénal *publicisé* dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste

Sommaire	Page
Introduction	167
I. Le droit pénal dans l'ordre juridique suisse	170
A. Sa filiation avec le droit public	170
1. Relativement aux <i>sujets</i>	170
a) Le prévenu	170
b) La partie lésée	171
c) La justice pénale	173
2. Relativement à l' <i>intérêt</i>	174
3. Relativement à la <i>subordination</i>	175
4. Synthèse	176
B. Son autonomie	176
III. L' <i>iter criminis</i> revisité par le terrorisme	178
A. Le droit pénal de l'acte en général	179
B. Le droit pénal <i>publicisé</i> de la menace terroriste...	180
C. Le droit public <i>répressif</i> par les mesures policières	183
Conclusion	186
Bibliographie	187

Introduction

Remontant à l'époque romaine, la distinction entre le droit public et le droit privé est aux fondements de notre ordre juridique, jusqu'à y être considérée comme la division su-

* Maître d'enseignement et de recherche à l'Université de Lausanne.

** Assistant diplômé (MLaw) et doctorant en droit à l'Université de Lausanne.

prême... la *summa divisio*¹. Jurisconsulte émérite des II et III^{es} siècles, ULPYEN procédait déjà à cette fameuse division dans le *Digeste*, séparant la « *res publica* » qui intéressait l'État romain par opposition à la « *res privatum* » régissant, quant à elle, les relations entre particuliers². Quinze siècles plus tard, MONTESQUIEU reprenait le flambeau, en définissant le « droit politique » comme regroupant les « lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés », tandis que le « droit civil » dans la terminologie montesquienne correspond aux « lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »³. Sans pour autant être consubstantielle au droit⁴, la division n'en demeure pas moins incontournable aujourd'hui. Décortiquée par la littérature et les théoriciens du droit⁵, elle écume les bancs des universités et accompagne, dès leurs premières heures, les juristes de demain et pour toujours.

Or, en dépit de son importance, cette discussion fait l'impasse sur un pan tout entier de l'ordre juridique généralement perçu comme un triptyque⁶, et non des moindres, à savoir celui qui a trait au phénomène criminel : le droit pénal. En effet, dans cet univers binaire où le droit privé a la place du chiffre zéro et le droit public celle du chiffre un⁷, autant dire que le droit pénal ne trouve pas sa place ! Ainsi, il apparaît au mieux comme un OJNI⁸ et, dans le pire des cas, il est réduit au rôle d'« esclave »⁹ ou de simple bras armé des autres disciplines¹⁰. Ce dernier postulat est le parti pris de ROUSSEAU, pour qui les « lois criminelles, [...] dans le fond, sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »¹¹.

Si le droit pénal ne se laisse que si difficilement appréhender, c'est sans doute car il sait se mouvoir, s'articulant différemment pour mieux épouser les contours des politiques criminelles contemporaines. Or, ces dernières sont caractérisées, dans cette première partie du XXI^e siècle, par le terrorisme et le péril qu'il fait planer sur nos sociétés libres

1 WEBER, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 223 ss.

2 ULPYEN, 1.1.1.1-4.

3 MONTESQUIEU, Livre I, Chapitre III.

4 GRISEL, 104 : « [L]a distinction entre droit public et droit privé n'est pas inhérente à l'ordre juridique, qui peut se concevoir sans elle. » Elle conduit, qui plus est, à un « morcellement du droit », alors que l'ordre juridique forme un tout (LEROY/SCHOENENBERGER, 561).

5 Entre autres : MOOR/POLTIER, 484 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 3 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 549 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 92 ss ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1 ss ; AUBERT, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, VII ; GRISEL, 104 ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 1 ss.

6 TRECHSEL/NOLL/PIETH, 25 s.

7 Rassurons les privatistes : dans un tel système, il fallait bien adosser le chiffre zéro à l'une des deux disciplines et ce ne pouvait, ici, être celui du droit public.

8 Objet juridique non identifié.

9 CASSANI, 287.

10 GAUTHIER, 331 ; GAUTHIER, Sanctionnaireur.

11 ROUSSEAU, Livre II, Chapitre XII.

et ouvertes, ses premières heures ayant été marquées au fer rouge par le *11 septembre*. Dans ce contexte, la modulation du droit pénal présente une acuité particulière, en ce qu'il est le reflet de la réaction politique à un phénomène perçu comme une menace majeure pour nos sociétés.

Alors que les points de contact entre droits pénal et public sont déjà nombreux¹², la menace terroriste a fait bouger les lignes, au risque de faire oublier au premier ses racines. En effet, sous l'égide de l'intérêt public qu'est la sécurité nationale, le droit pénal du terrorisme – *Terrorismustrafrecht* – est appelé à apporter son concours dans l'effort commun l'unissant au droit public pour protéger la population. Dans ce contexte, l'adage selon lequel il vaut « mieux prévenir que guérir » prend tout son sens.

C'est ainsi que, traditionnellement voué à la *répression*, le droit pénal investit plus avant le terrain de la *prévention*¹³, pourtant terre du droit public¹⁴. Dès lors, pour empêcher l'irréparable, le droit pénal se doit d'intervenir avant que survienne un attentat et, de ce fait, plus tôt dans l'*iter criminis*. C'est pourquoi il incrimine des actes que l'on peut qualifier de préparatoires¹⁵ : le « financement » de l'acte terroriste (art. 260^{quinquies} CP) aujourd'hui et, demain, le recrutement, l'entraînement et le voyage « en vue d'un » acte terroriste (art. 260^{sexies} pCP)¹⁶, encore lointain. Le développement d'un droit pénal préventif va de pair avec un droit public plus *répressif*, lequel disposera bientôt de « mesures policières » visant à « empêcher la commission d'actes terroristes »... mais en l'absence de toute procédure pénale, faute de comportement pénalement répréhensible à ce stade¹⁷.

Ces « glissements » de part et d'autre tendent à montrer que, sous l'effet d'une menace et sous couvert d'un intérêt général, le curseur de l'intervention du droit pénal est déplacé sur l'échelle de ce qui légitime la répression, passant de l'exigence d'un *acte* constitutif d'une infraction pénale à la simple *menace* que représente un individu sur la base de simples indices, voire d'hypothétiques idées susceptibles de germer dans son esprit, engendrant par là une publicisation du droit pénal et de la répression.

Nous le voyons, le terrorisme conduit donc le droit public et le droit pénal à se *lier dangereusement* l'un de l'autre. La présente contribution se donne ainsi pour mission de revisiter la relation qu'ils entretiennent à la lumière du contexte terroriste. Pour ce faire,

¹² DUBÉY/ZUFFEREY, N 227 ; CASSANI, 289.

¹³ KUHN, 243, perçoit l'émergence d'un « droit pénal préventif » relativement au droit des sanctions.

¹⁴ TF 1C_518/2013, 1.10.2014, c. 3.2 : « [L]'ouverture d'une procédure pénale est subordonnée à la présomption qu'une infraction a été commise. [...] À l'inverse, la définition des moyens permettant de prévenir les infractions ou d'établir qu'elles peuvent être commises relève du droit de police. »

¹⁵ La notion est générique, cf. *infra* II/A.

¹⁶ FF 2018 6469, 6561 s.

¹⁷ FF 2019 4541, 4542 et 4555.

il sied de s'interroger dans un premier temps sur la place qu'occupe le droit pénal dans notre ordre juridique (II). Par la suite, la notion d'*iter criminis* sera abordée de façon générale (III/A) puis spécialement par rapport au terrorisme, afin de mettre en exergue l'émergence d'un droit pénal préventif d'une part (III/B) et d'une répression plus généralement publicisée dans le contexte de la menace terroriste d'autre part (III/C). Finalement, une conclusion viendra opérer une synthèse (IV).

I. Le droit pénal dans l'ordre juridique suisse

A. Sa filiation avec le droit public

Les critères de rattachement entre les droits public et privé sont multiples et variés, mais trois sont unanimement admis¹⁸ : il s'agit du critère des sujets, de la subordination et enfin de l'intérêt en cause¹⁹. Il s'agit présentement de les reprendre et les décortiquer à la lumière du droit pénal, afin de délimiter la place de celui-ci dans le « duel » de la *summa divisio*.

1. Relativement aux *sujets*

Se fondant sur les *sujets* aux rapports juridiques, ce critère assujettit une relation au droit public en présence de l'État ou de ses émanations, à condition que son intervention soit placée sous le sceau de la puissance publique, et, *a contrario*, au droit privé en son absence²⁰. Ainsi, il convient de s'intéresser aux acteurs du droit pénal, lesquels font leur entrée sur scène lors d'un évènement singulier : la commission d'une infraction pénale.

a) Le prévenu

En s'adonnant à une activité coupable, l'auteur – ou le « prévenu » dans la terminologie pénale (art. 111 CPP) – est à l'origine du déclenchement de l'action publique à son en-

¹⁸ GRISEL, 104, qualifie ces critères de « principaux », aux côtés de « critères secondaires » (109) ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1, évoquent « *verschiedene Theorien* » ; MOOR, 644, écrit que « quel qu'un en a, paraît-il, dénombré trente-deux ! » ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 1 ss.

¹⁹ DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 95 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 3 ss ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ss ; AUBERT, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, VII ; PERRENOUD, in : *ibid.*, 6 s. ; GRISEL, 107 ss ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 8 ss.

²⁰ LEROY/SCHOENENBERGER, 555 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 99 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 90 ss ; WEBER, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 234 ; GRISEL, 107 ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 13 ss.

contre, c'est-à-dire de la procédure pénale²¹. Il est ainsi la figure principale, non seulement de cette dernière, mais du droit pénal dans son ensemble également, à la fois parce qu'il est le sujet et l'objet du procès²² qui va sanctionner son comportement, mais aussi, et déjà, car c'est surtout lui que visent les dispositions du Code pénal : au travers des méfaits qu'il peut commettre (art. 111 ss CP), des peines et mesures encourues (art. 34 ss CP) et de leur exécution (art. 74 ss CP). Or, ces considérations générales ne nous renseignent pas sur son identité : mais qui est le prévenu ?

De prime abord, lorsqu'un tiers frappe un tiers au visage, le droit pénal met aux prises le prévenu et la personne qui la subit. Cet exemple fait montre d'une situation opposant *a priori* deux particuliers, tendant à faire ressortir ce cas au droit privé.

Pourtant, les choses ne sont pas aussi simples. En effet, une très large partie des incriminations du Code pénal constituent des « infractions ordinaires », dont tout un chacun peut se rendre coupable²³. Ces dispositions ne connaissant pas de restriction relativement à l'auteur, elles englobent donc également l'État²⁴ et ses agents, conduisant à relativiser la qualification qui précède. À cela, il faut ajouter qu'il existe de surcroît des « infractions spéciales » que seules des personnes revêtant une qualité particulière peuvent commettre²⁵, parmi lesquelles certaines ne visent comme auteurs que des agents de l'État²⁶.

Toutefois, que l'agent étatique s'adonne à une activité coupable qui n'appréhende que lui ou n'importe qui, encore faudrait-il, pour retenir une appartenance au droit public, que l'agent procède dans ce contexte en tant que détenteur de la puissance publique. Or, rien n'est moins sûr ici et, au vu de la multiplicité des configurations possibles, il convient de se tourner vers la personne frappée par l'infraction.

b) La partie lésée

S'agissant de la personne subissant l'infraction, il s'agit de la partie lésée, soit celle « dont les droits ont été touchés directement par une infraction » (art. 115 al. 1 CPP). De

²¹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 735.

²² CR CPP-MACALUSO, art. 111 N 4.

²³ TRECHSEL/NOLL/PIETH, 75 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 224 s. ; STRATENWERTH, 156 s. ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 5 ; GRAVEN/STRÄULI, 95 ss.

²⁴ BSK StPO-ENGLER, art. 111 N 1, précise bien que le prévenu peut être une personne physique comme une personne morale en se référant à l'« entreprise » de l'art. 102 CP. Or, si cette disposition vise notamment « les personnes morales de droit public » (al. 4 lit. b), la Confédération, les cantons, ainsi que les communes politiques sont exclus de son champ d'application en qualité de « corporations territoriales) (CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 9 ss ; MACALUSO, 155 ss ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 392 s.).

²⁵ TRECHSEL/NOLL/PIETH, 75 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 224 s. ; STRATENWERTH, 156 s. ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 5 ; GRAVEN/STRÄULI, 95 ss.

²⁶ Par exemple, cf. art. 138 ch. 2, 312 ss, 322^{quater} et 322^{sexies} CP.

ce fait, le lésé doit être titulaire du « bien juridiquement protégé » par l'infraction²⁷. À cet égard, peut être lésé aussi bien une personne physique qu'une personne morale²⁸. Toutefois, la nature *directe* de l'atteinte subie par le lésé implique que l'infraction en cause ait pour objet un « bien juridique individuel »²⁹. Or, cela n'est pas le propre des seules personnes physiques. En effet, l'État disposant aussi d'un patrimoine³⁰, il peut également être volé et, par là, directement atteint dans ses droits et être lésé. Ainsi, se reposer sur la qualité de lésé pour retenir une application du droit privé dans ce contexte n'est pas pertinent.

En outre, nombreuses sont les situations dans lesquelles un auteur commet une infraction pénale sans que celle-ci ne se traduise forcément par une quelconque atteinte directe au détriment des droits d'une tierce personne ou, autrement dit, sans qu'il n'y ait de lésé³¹ ; c'est même le propre des infractions protégeant des « biens juridiques collectifs »³². Tel est par exemple le cas de l'infraction sanctionnant quiconque ne respectant pas les règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR³³), sans pour autant provoquer un accident mettant en cause des tiers : l'auteur commet alors une infraction pénale « sans qu'une lésion quelconque ne soit causée »³⁴. En l'occurrence, le bien juridique violé est la sécurité routière et, en cela, il n'appartient pas à une personne déterminée, mais à l'ensemble de la communauté, en tant qu'usagère de la route, raison pour laquelle il est collectif³⁵.

En synthèse, l'*opposant* au prévenu peut être un particulier ou non. Il peut même ne pas en exister, rendant impossible la qualification juridique à l'aune du critère du sujet à la relation juridique. Pour ce faire, il y a lieu d'évoquer une autre partie et qui est le véritable opposant au prévenu : la justice pénale.

27 PIQUEREZ/MACALUSO, N 850 ss ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 7, laquelle précise que la jurisprudence apporte sa protection non seulement au propriétaire, mais aussi à celui disposant d'un droit d'usage sur la chose (ATF 119 IV 209).

28 BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 31 ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 7.

29 PIQUEREZ/MACALUSO, N 854 ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 10 ; HURTADO-POZO/GODEL, N 8 s. Il en va ainsi des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 ss CP), mais aussi le patrimoine (art. 139 ss CP), etc. L'État est ainsi exclu du cercle des lésés potentiels en présence d'infractions se rattachant exclusivement à la personne humaine, mais pas forcément ses agents à titre personnel comme tout particulier.

30 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 751 ss.

31 CR CPP-PERRIER, art. 115 N 11 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 215 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 855 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 68 s.

32 HURTADO-POZO/GODEL, N 8 s.

33 RS 741.01.

34 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 331.

35 ATF 138 IV 258, c. 3.2. S'agissant des autres alinéas, la définition du bien juridique protégé est plus controversée, cf. JEANNERET, 32, et réf. citées. Cf. également : BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 88 s. ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 16 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 85 s.

c) La justice pénale

Déclenchant l'action publique, l'infraction commise justifie l'intervention de la *justice pénale*, laquelle va complètement changer la donne de la qualification. Conformément à l'art. 2 CPP, « la justice pénale est administrée *uniquement* par les *autorités* désignées par la loi », excluant ainsi la *justice privée*³⁶. En dépit de l'appellation générique qui lui est adossée, la « justice pénale » est loin d'être un corps unique, divisé qu'il est entre autorités de poursuite (art. 12 CPP) et de jugement (art. 13 CPP), lesquelles connaissent également des subdivisions en leur sein. En tout état de cause, l'autorité est chargée de la poursuite et du jugement de comportements contraires au droit pénal.

Parmi les autorités de poursuite pénale figure en première ligne le « Ministère *public* », dont la traduction en langue allemande (« *Staatsanwaltschaft* ») ne laisse planer aucune hésitation dans notre discussion. Celui-ci exerce « l'action *publique* » (art. 16 al. 1 CPP) qui a pour objet la répression de « l'atteinte portée à l'*ordre social* »³⁷ en portant l'accusation publique devant les tribunaux. Représentant de l'*État* et, plus largement encore de la communauté tout entière, il intervient comme le seul accusateur principal face au prévenu dans le cadre du procès pénal³⁸. Le prévenu est soumis à l'autorité de jugement qu'est le tribunal (étatique et) répressif, dont le rôle est de se prononcer sur le sort du prévenu et, le cas échéant, de lui infliger une sanction³⁹. Cette dernière n'est pas définie par la *justice pénale* et elle n'est pas une émanation du pouvoir judiciaire de l'*État*, mais elle est du ressort du pouvoir législatif – un autre organe de l'*État* –, car il revient en effet au législateur de définir les comportements punissables pénalement et la sanction qui y est attachée⁴⁰.

Ainsi, aussi bien le Ministère public que les tribunaux, qu'ils soient chargés d'ordonner des mesures de contrainte (art. 18 al. 1 *cum* art. 196 ss CPP) ou de statuer sur les infractions (art. 19 al. 1 CPP), sont des autorités étatiques qui interviennent en qualité de détenteurs de la puissance publique. Partant, cela justifie que la relation liant les diverses parties en présence d'une infraction pénale soit soumise au droit public.

³⁶ Sous réserve de l'admission de certains faits justificatifs, à l'instar de la légitime défense (art. 15 CP), cf. CR CPP-ARN/STEINER, art. 2 N 1 et 4 ; BSK StPO-STRAUB/WELTERT, art. 2 N 2 ; CR CPP, art. 2 N 2 et 6.

³⁷ CR CPP-ARN/STEINER, art. 16 N 3 ; CR CPP, art. 16 N 2.

³⁸ CR CPP, art. 16 N 2 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 697 ss.

³⁹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 716 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 103.

⁴⁰ Bien que la peine de mort ne fasse heureusement plus partie de cet arsenal, ce dernier demeure extrêmement puissant, car les sanctions de notre ordre juridique peuvent avoir des incidences gravissimes sur l'auteur, dès lors qu'il peut se voir retirer un bien suprême – à savoir la liberté – cela à vie ou jusqu'à la mort, en présence de certaines infractions (cf. art. 112, 185 ch. 3, 264b ss CP ; cf. également le cas de l'internement à vie : art. 64 al. 1^{bis} CP).

En effet, toute infraction provoque dans tous les cas l'entrée en jeu de deux acteurs que sont le prévenu et la justice pénale au travers du Ministère public⁴¹, garant des valeurs sociales que le prévenu a violé en commettant une infraction pénale. Qui plus est, lorsqu'il porte atteinte à un bien juridiquement protégé individuel d'un particulier, « la protection de l'intérêt public associé à la répression pénale se trouve partiellement subordonnée à la protection de l'intérêt privé de la victime »⁴². En tout état de cause, la présence de la justice pénale, et du Ministère public surtout, autorité étatique intervenant au nom de l'État, permet ainsi clairement de considérer, à l'aune du critère des sujets, que le droit pénal ressortit au droit public.

2. Relativement à l'intérêt

S'agissant du critère de l'intérêt, ressortissent au droit public les normes sauvegardant de manière prépondérante un intérêt général et au droit privé celles protégeant un intérêt particulier⁴³. Par rapport au droit pénal, cela implique d'examiner brièvement à la fois les fondements du droit pénal *per se*, mais aussi de sa principale intervention – la sanction –, afin de mettre en exergue l'intérêt qu'il poursuit.

Protégeant un « minimum éthique »⁴⁴, le droit pénal consacre en première ligne un interdit, bien qu'il ne le dise jamais expressément⁴⁵, en proscrivant à quiconque d'adopter un comportement portant atteinte à « ensemble de valeurs » dominantes de la communauté et « jugées suffisamment essentielles pour qu'il soit nécessaire de réagir à leurs violations »⁴⁶. La réaction du droit pénal, ou le passage de l'interdiction à la répression, est rendue nécessaire lors de la commission d'une infraction pénale, car son auteur cause non seulement un préjudice à un membre de la société, mais aussi car il attaque l'autorité de l'État en violant ses lois. En cela, l'infraction trouble l'ordre social lui-même⁴⁷ et atteint, parfois gravement, la communauté, en portant un coup de poignard au pacte par lequel elle confie à l'autorité le monopole de la violence légitime⁴⁸. C'est en lui que se trouvent les fondements du droit pénal, car en échange du sacrifice d'une parcelle de sa

⁴¹ Exception faite des contraventions (art. 103 CP) car la poursuite et le jugement y relatifs peuvent être soumis à des autorités administratives (art. 17 CPP).

⁴² TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 108.

⁴³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 97 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 4 ; DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 44 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ; GRISEL, 108 s. ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 9 ss.

⁴⁴ GRAVEN/STRÄULI, 8 ; PAREIN, 110.

⁴⁵ Contrairement aux Dix Commandements qui expriment directement cet interdit, par exemple : « Tu ne tueras point » (Exode 20-13).

⁴⁶ PAREIN, 110 ; GRAVEN/STRÄULI, 8 ; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 5.

⁴⁷ DUBEY/ZUFFEREY, N 227 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁴⁸ WEBER, 88 ss ; MARQUSET, 118 ; BSK StPO-STRAUB/WELTERT, art. 2 N 2 ; GRAVEN/STRÄULI, 5.

liberté, la communauté attend de l'État qu'il veille à la paix et à la sécurité de toutes et tous⁴⁹. Tel est, en résumé, l'objectif du droit pénal.

Ainsi, le droit pénal trouve sa raison d'être dans « la seule nécessité de faire régner le minimum de discipline que la collectivité peut exiger de ses membres »⁵⁰. Ce faisant, le droit pénal protège l'*intérêt public*, dit le Tribunal fédéral⁵¹.

Cet intérêt général transcende l'ensemble du droit pénal, de ses fondements jusqu'à son action, laquelle se concrétise finalement par le prononcé de la peine. En effet, celle-ci est notamment vouée à garantir la sécurité et protéger la vie en société, que ce soit en comptant sur l'effet dissuasif de la peine, aussi bien sur l'auteur lui-même (prévention spéciale) que sur tout autre auteur potentiel (prévention générale), ou en mettant l'auteur dans l'incapacité de porter atteinte à nouveau aux valeurs sociales⁵².

Vu ce qui précède, le critère de l'intérêt fait basculer le droit pénal du côté du droit public.

3. Relativement à la *subordination*

Reste encore à discuter de la *subordination*, critère voulant que soit rattachée au droit public la relation dans laquelle une partie est dans une position *juridiquement* supérieure à l'autre et au droit privé lorsque les parties se trouvent sur un pied d'égalité en droit⁵³.

S'il jouit de garanties fondamentales, le prévenu voit se dresser face à lui un « ogre impérial » – l'État – disposant de moyens considérables pour répondre au trouble social que l'auteur de l'infraction a causé. Premièrement, cette *toute-puissance* de l'État se manifeste par la détermination de la peine-menace qui lui revient. Elle se concrétise ensuite, lorsqu'une infraction est commise, par l'intermédiaire des divers moyens de coercition qui attendent aux droits fondamentaux du prévenu (art. 196 ss CPP), mais que la justice pénale peut prendre à son encontre : de l'obligation de se présenter à l'autorité (art. 201 ss CPP) à l'exécution forcée de celle-ci (art. 207 ss CPP), la récolte

⁴⁹ BECCARIA, § II, 49 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ; GRAVEN/STRÄULI, 8.

⁵⁰ GRAVEN/STRÄULI, 5.

⁵¹ ATF 73 IV 172, c. 2. Curieusement, l'arrêt ne précise pas l'*intérêt public* dont il s'agit, quand bien même l'on devine aisément qu'il est fait référence à la sécurité et à l'ordre publics.

⁵² La peine pénale répond à diverses fonctions et nombreux sont les auteurs, notamment pénologues, qui se sont penchés sur cette question. À ce sujet, nous renvoyons, entre autres, aux travaux du célèbre DURKHEIM, cf. DURKHEIM, Livre I, Chapitre II.

⁵³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 99 s., qui évoquent la distinction entre les actes étatiques accomplis *iure imperii* et *ire gestionis* en droit international ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 4 ; DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 10 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 555 s. ; GRISEL, 107 s. ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 12.

d’empreintes (cf. art. 260 CPP) ou encore la surveillance de la communication (art. 269 ss CPP), jusqu’à la privation de liberté (art. 212 ss CPP) pour pouvoir mener à chef le procès pénal. Enfin, la justice pénale met un terme au procès pénal en rendant son verdict et, le cas échéant, en prononçant une sanction, contre laquelle le prévenu désormais condamné ne peut rien si la décision est conforme au droit⁵⁴.

Ainsi, il y a lieu d’admettre que la relation nouée entre l’auteur d’une infraction et la justice pénale se fonde sur un rapport de subordination par lequel l’État *impose* à marche forcée et au nom de l’intérêt général qu’est la protection de la société diverses mesures de contrainte. Le droit pénal est donc de ce point de vue un droit *public* et non privé.

4. Synthèse

Si aucun critère n’est en soi décisif⁵⁵, le résultat auquel chacun d’entre eux conduit le droit pénal est sans équivoque et il semble indéniable qu’il appartient à la grande famille du droit public⁵⁶. En effet, le droit pénal conduit toujours à l’intervention de l’État et la relation qui le lie à l’auteur de l’infraction est verticale, dans la mesure où l’État *dicte* la marche à suivre et *impose* ses décisions. Cette *verticalité* se justifie eu égard au fait que l’État agit, en qualité de *détenteur de la puissance publique*, au nom de la collectivité et donc de l’*intérêt général*⁵⁷.

B. Son autonomie

Cela étant, la dichotomie de l’ordre juridique entre droit public et droit privé est discutable, parce que la stricte application des critères de distinction conduit à l’incorporation au droit public de nombreuses branches « qui, en raison de leur développement, sont depuis longtemps l’objet de disciplines indépendantes », à l’instar précisément du droit

⁵⁴ Cf. : art. 393 al. 2 et 398 al. 3 CPP.

⁵⁵ De façon générale, le Tribunal fédéral procède par une méthode *pluraliste* ou *éclectique*, cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 204 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 101 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 5 s. ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 121 ss.

⁵⁶ PIQUEREZ/MACALUSO, N 16 ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 25 s. ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 13 ss ; GAUTHIER, 333 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁵⁷ Le propos se doit d’être nuancé, d’un point de vue historique, TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 106, relevant en effet que : « le droit pénal n’a pas toujours été aussi clairement dissocié qu’aujourd’hui du droit civil et [...] tant les acteurs impliqués que les intérêts sous-jacents à l’application de la peine, qu’ils soient individuels ou collectifs, ont été très longtemps « privés » et non « publics », du moins au sens spécifique et actuel de ce terme ».

pénal⁵⁸. Elle a en outre pour inconvénient que le droit pénal peut être perçu comme un *gendarme du droit* n'ayant qu'un rôle *sanctionnateur*⁵⁹.

Au-delà de la *summa divisio*, la place du droit pénal dans l'ordre juridique a plus largement été soulevée, en Suisse comme ailleurs, des auteurs évoquant tant son caractère *auxiliaire* que son *autonomie*, tandis que la doctrine française décèle en lui une nature *mixte*, là où il est traditionnellement rangé du côté du droit privé⁶⁰.

S'il y a effectivement lieu de relever que le droit pénal joue certes un rôle auxiliaire par rapport aux autres branches du droit, en leur apportant l'appui de ses sanctions spécifiques, l'on ne saurait le réduire à sa seule dimension sanctionnatrice⁶¹. Non seulement le monopole prescription-sanction n'est pas l'apanage du seul droit pénal⁶², mais surtout, d'un point de vue *fonctionnel*, celui-ci répond à une logique toute autre que celle gouvernant les droits public et privé, dès lors que son intervention est de « pure *défense sociale* » ou de la « *défense de la Société* », en tirant sa légitimité dans la *nécessité sociale* de punir pour rétablir l'ordre social troublé⁶³. Il se détache donc du droit public et forme une branche du droit distincte, démontrant son caractère autonome. Qui plus est, la dualité des actions civile et publique témoigne du fait que le droit pénal protège des intérêts variés, englobés par d'autres branches du droit aussi, mais de manière différente, mettant en exergue la nécessité de défendre une valeur sociale spécifique en plus d'un bien juridiquement protégé privé.

En outre, le droit pénal crée parfois de nouvelles règles de conduite, de sorte qu'il ne se limite pas à sanctionner de manière spécifique la violation de règles relevant d'autres branches du droit⁶⁴. Au contraire, il jouit d'une certaine autonomie *normative* et a un rôle

⁵⁸ GRISEL, 107. Dans le même sens, cf. SCHWANDER, N 27, évoquant « l'émancipation » du droit pénal ; DUBEY/ZUFFEREY, N 62 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 586 ; PEDRAZZI, in : GAUTHIER, Sanctionnateur, 16 ss ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 105 ss. *Contra* : PIQUEREZ/MACALUSO, N 16, qui ne sont pas absolument catégoriques, en écrivant simplement, que le « droit pénal au sens large [...] peut être rattaché au droit public », tout en ajoutant que « la procédure pénale [...] appartient au droit public ».

⁵⁹ GAUTHIER, Sanctionnateur ; CASSANI, 287 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 5 ; MERLE/VITU, 212.

⁶⁰ MARTY/RAYNAUD, Droit civil I, 2^e éd., Paris 1972, 77. Sur le droit pénal en droit français, cf. TILLET E., Répertoire de droit pénal et de procédure pénale. Histoire des doctrines pénales, 2002, N 8 s.

⁶¹ Sur le rôle *sanctionnateur du droit pénal* qui tendrait à en faire un *gendarme du droit*, voir notamment :

⁶² GAUTHIER, Sanctionnateur ; CASSANI, 287 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 5 ; MERLE/VITU, 212.

⁶³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 102 s. ; CASSANI, 288 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 4 ; GAUTHIER, in : GAUTHIER, Sanctionnateur, 219.

⁶⁴ GRAVEN/STRÄULI, 5 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585. Sur la « *défense sociale* », cf. GRAVEN, Répression pénale et *défense sociale*, 37 ss ; GRAVEN, *Défense sociale*, 1 ss.

⁶⁵ Par exemple, l'incrimination des comportements homicides est propre au droit pénal. Sur le lien existant entre les différentes branches du droit et d'autres notions comme la morale ou la religion, cf. VAN DE KERCHOVE M./OST F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, 149 ss.

pilote, PEDRAZZI relevant ainsi que « c'est la loi pénale qui dégage de l'expérience sociale une série d'intérêts de premier rang et en fait des < biens juridiques > »⁶⁵. À cela, il convient encore d'ajouter une autonomie *procédurale* dont est doté le droit pénal⁶⁶. En effet, il dispose de *juridictions spécialisées* et d'une procédure se distinguant des autres branches principales de l'ordre juridique. Il est également doté de *notions fondamentales* n'appartenant qu'à lui et se ramifie en *sous-branches spéciales*⁶⁷. L'ensemble de ces éléments conduit l'administration à le reconnaître à part, car même si une large part du *Recueil systématique* est dédiée au droit public, deux exceptions existent pour le droit privé... et le droit pénal justement. Enfin, l'indépendance du droit pénal se manifeste aussi *constitutionnellement*, le souverain ayant réservé plusieurs dispositions au droit pénal (art. 32 et 123 ss Cst.).

En définitive, faire du droit pénal une branche du droit public sans reconnaître son autonomie apparaît trop réducteur. Cela étant, il a une filiation certaine avec ce dernier, tant il est vrai que nombreux sont les domaines où les droits pénal et public sont limitrophes, le *droit pénal administratif* témoignant de la complexité de cette relation⁶⁸.

III. *L'iter criminis* revisité par le terrorisme

À l'heure actuelle, le Code pénal suisse ne dispose que d'une seule norme visant explicitement le terrorisme : l'art. 260^{quinquies} CP qui incrimine son financement. Toutefois, de nouvelles incriminations devraient sous peu voir le jour afin de renforcer la lutte contre le phénomène⁶⁹. Ces dispositions s'insèrent toutes dans une logique *préventive*, mais à caractère *répressif*. Dans le même temps, le Conseil fédéral projette aussi d'adopter des mesures policières *préventives* en matière de terrorisme, afin d'empêcher tout individu de basculer dans l'*illicite pénal*.

Compte tenu de l'interconnexion entre *répression* et *prévention* ici, il s'agit de s'arrêter plus avant sur la notion d'*iter criminis* afin de mieux mettre en exergue la frontière du licite et de l'illicite (A), pour ensuite discuter de la rencontre entre le droit pénal et le droit public : d'une part, au travers de l'émergence d'un droit pénal du terrorisme de *la*

⁶⁵ PEDRAZZI, in : GAUTHIER, Sanctionnaire, 16.

⁶⁶ LEROY/SCHOENENBERGER, 585 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 111.

⁶⁷ LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁶⁸ MOOR/POLTIER, 152 ss ; GARBARSKI, 411 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 97 ss ; ROTH, in : GAUTHIER, Sanctionnaire, 127 ss ; GAUTHIER, 337 ; STRATENWERTH, 56 ss ; HURTADO-POZO, N 40 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 281 ss ; WIEDERKEHR, 15 ss.

⁶⁹ FF 2018 6469 ; MOREILLON/LUBISHTANI, 514 ss.

menace avec les infractions pénales terroristes (B) se trouvant, d'autre part, aux confins d'un droit public répressif, (bientôt) doté de *mesures policières* (C).

A. Le droit pénal de l'acte en général

L'infraction intentionnelle⁷⁰ est un processus évolutif du point de vue temporel. En effet, il existe de nombreux stades *intermédiaires* entre le moment où germe l'*idée* de la commettre et celui où elle se *matérialise* effectivement. Pour décortiquer le parcours suivi par l'auteur, mais aussi définir la frontière séparant le licite de l'illicite pénal, la doctrine a développé le concept théorique de l'*iter criminis* ou du « cheminement intellectuel criminel »⁷¹. Pour ce faire, sont distinguées la phase *psychologique interne* à l'auteur et la phase *matérielle externe*.

Dans la première phase de *délibération* naît tout d'abord la pensée dans le for intérieur de l'auteur, laquelle débouche ensuite sur la *résolution criminelle*, lorsqu'il prend la décision de commettre l'infraction⁷². Conformément à l'art. 1 CP néanmoins, seuls tombent sous le coup de la loi pénale les *actes* expressément réprimés par la loi. Expriment le principe *cogitationis pœnam nemo patitur*, le Code pénal n'appréhende donc pas la pensée, en exigeant nécessairement qu'elle se matérialise dans le monde extérieur pour la réprimer⁷³.

L'auteur entre dans la phase de *concrétisation* au moment où sa pensée se présente dans le monde extérieur au travers d'*actes préparatoires*, par lesquels il « se borne à préparer l'exécution de l'infraction, sans encore la commencer »⁷⁴. Ainsi, ces actes viennent concrétiser « la résolution criminelle de l'auteur », afin de « préparer l'exécution » de l'infraction⁷⁵.

Compte tenu des tensions existant entre, d'une part, la garantie de la liberté personnelle et, d'autre part, la protection de la sécurité publique, les codes pénaux modernes ne fixent le seuil de la punissabilité qu'au stade du « commencement d'exécution qui caractérise la tentative »⁷⁶. L'exigence du *passage à l'acte* cherche à parer dans ce contexte à

⁷⁰ GRAVEN/STRÄULI, 256 ; MEYLAN, 17 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 507 ; DONATSCH/TAG, 136.

⁷¹ MEYLAN, 18 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷² GRAVEN/STRÄULI, 256 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 2 ; PC CP, Rem. pré. aux art. 22 à 23 N 1 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 507 ; DONATSCH/TAG, 136 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷³ ATF 134 IV 100, c. 7.2.1 = JdT 2007 IV 95 ; ATF 117 IV 309, c. 1a = JdT 1993 IV 185 ; ATF 80 IV 67 = JdT 1954 IV 119 ; MEYLAN, 18 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 1 N 24 ; GRAVEN/STRÄULI, 256 ss ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ; DONATSCH/TAG, 133.

⁷⁴ PC CP, Rem. pré. aux art. 22 à 23 N 1 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 2 ; GRAVEN/STRÄULI, 256 ss ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷⁵ MEYLAN, 19 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1.

⁷⁶ MEYLAN, 19.

l'insécurité juridique et à l'inégalité de traitement, mais aussi à surmonter les difficultés inhérentes à la *preuve pénale*, car ces actes dits préparatoires peuvent être très éloignés, dans le temps et l'espace, de la commission de l'infraction⁷⁷. Cela signifie qu'aussi bien la délibération⁷⁸ que les actes préparatoires échappent en principe au droit pénal. S'agissant des actes préparatoires en effet, leur appréhension ne se justifie point, car, socialement admis, tout à fait équivoques et anodins, ils apparaissent inoffensifs⁷⁹, sauf exception⁸⁰.

Ainsi, l'auteur bascule dans tous les cas dans l'*illicéité pénale* au stade de la tentative (art. 22 CP), laquelle correspond à l'accomplissement d'« actes qui, selon le cours ordinaire des choses [...] devraient aboutir [...] à la consommation du délit en question »⁸¹. Cette étape représente pour l'auteur « la démarche ultime et décisive vers l'accomplissement du délit et après laquelle on ne revient normalement plus en arrière, sauf survenance de circonstances extérieures qui rendent l'exécution de l'intention plus difficile sinon impossible »⁸². Finalement, l'auteur parvient au bout de l'*iter criminis* lorsqu'il mène à chef l'exécution de l'infraction et que tous ses éléments constitutifs sont réalisés, consommant ainsi l'infraction⁸³.

B. Le droit pénal *publicisé* de la menace terroriste...

La naissance du droit pénal du terrorisme remonte à 1894 pour faire face aux menées anarchistes d'alors et à ses attentats à la bombe⁸⁴. Étaient ainsi réprimés l'usage de matières explosibles, leur fabrication et leur détention notamment⁸⁵. Dans un premier temps, ce droit pénal est ainsi conditionné par la « dimension temporelle post-infractionnelle », en ce qu'il se borne à être une *réaction* à l'activité terroriste et aux troubles à l'ordre public qu'elle occasionne⁸⁶.

⁷⁷ GRAVEN/STRÄULI, 258 ; MEYLAN, 19.

⁷⁸ MEYLAN, 19, évoque quelques exceptions dans lesquelles la *délibération* mais *extériorisée* est réprimée.

⁷⁹ LOGOZ/SANDOZ, art. 21 N 1, se référant à l'avant-projet de STOOS de 1893 qui déclarait que « les actes préparatoires ne sont pas punissables » ; MEYLAN, 23 ; GRAVEN/STRÄULI, 257.

⁸⁰ Cf. *infra* B.

⁸¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 504 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 4 ; GRAVEN/STRÄULI, 260 ss ; MEYLAN, 19 s.

⁸² ATF 117 IV 395, c. 3.

⁸³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 509 s.

⁸⁴ MOREILLON/LUBISHTANI, 511.

⁸⁵ RO 14 286 ; FF 1893 V 769, 1894 II 318.

⁸⁶ ALIX, 845 ss.

Néanmoins, le principe voulant que le droit pénal libéral soit subordonné au passage à l'acte va par la suite connaître une série de dérogations dans la législation antiterroriste avec l'apparition de nouvelles incriminations confirmant progressivement l'émergence d'un droit pénal préventif s'écartant des idéaux généraux de la discipline. À cet égard, des signes avant-coureurs du changement de philosophie en cours apparaissent dans les années 1970, lorsque s'opère un basculement vers un droit pénal « dérogoire » pour le terrorisme par l'entremise de deux mesures : premièrement, l'introduction en 1970 du principe d'universalité rendant le droit suisse applicable à certaines infractions bien que commises à l'étranger⁸⁷ ; ensuite, en 1977, l'abolition de la prescription pour les actes terroristes dans le cadre extraditionnel⁸⁸. Ces mesures traduisent la volonté – pas encore clairement exprimée – d'accentuer la répression du phénomène terroriste, pour en faire une criminalité à part devant être saisie par l'exception plutôt que la règle.

L'entrée en vigueur de l'art. 260^{bis} CP sur les « actes préparatoires délictueux » en 1982 va confirmer ce changement de paradigme et marquer un tournant. En effet, cette particularité helvétique⁸⁹ fait une entorse au droit pénal de l'acte, afin de le doter des outils propres à faire face au terrorisme et, plus généralement, à la criminalité présentant une dangerosité particulière, à un stade encore précoce de *l'iter criminis*⁹⁰, c'est-à-dire au moment où l'auteur prend des « dispositions »⁹¹. Ce choix du législateur est clairement assumé et les mots du conseiller national Fischer-Häggingen trahissent à eux seuls la métamorphose qui est en train de s'opérer dans le droit pénal, lorsqu'il décrit l'art. 260^{bis} CP comme une « *rechtzeitigen Schutz der Gemeinschaft* »⁹².

Ce mouvement d'extension du champ de la répression pénale de l'activité terroriste ne va cesser de s'accroître au fil des années pour englober également une multitude d'actes périphériques. Après une tentative avortée d'adopter une disposition réprimant l'association de malfaiteurs dans le cadre de la nouvelle sur les actes de violence criminels⁹³, le législateur est revenu à la charge. Il s'est d'abord agi de criminaliser en 1994 le

⁸⁷ FF 1980 I 1216, 1219 s. ; FF 1976 III 1267, 1283 ss.

⁸⁸ FF 1980 I 1216, 1220 ; FF 1977 II 1217, 1225 ss.

⁸⁹ BSK StGB-ENGLER, art. 260^{bis} N 1 ; MEYLAN, 153 ss et 161 ss. Cette disposition n'est pas unique en son genre, cf. également les art. 226^{ter} CP et 19 al. 1 let. g LStup (RS 812.121). Au sujet des actes préparatoires plus généralement, cf. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Vor Art. 22 N 9 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 17 ss ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 506 ; PC CP, Rem. prélim. aux art. 22 à 23 N 2 ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 181 ; GRAVEN/STRÄULI, 257 ; MEYLAN, 24 ss.

⁹⁰ L'art. 260^{bis} CP reprend diverses initiatives parlementaires (FF 1980 I 1216, 1218), cf. motion 10.767 Bärlocher, Répression des actes de violence, 10.12.1970 ; BO CN 1971 1351, CE 1971 819.

⁹¹ Pas n'importe lesquelles, car elles doivent être « concrètes », cf. notamment MEYLAN, 83 ss.

⁹² BO CN 1980 1609 ; BSK StGB-ENGLER, art. 260^{bis} N 2.

⁹³ L'incrimination de l'association de malfaiteurs figurait dans le projet du Conseil fédéral (FF 1980 I 1216, 1223), mais le Parlement l'a écartée (CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, art. 260^{ter} N 1).

soutien à l'organisation terroriste par l'art. 260^{ter} CP⁹⁴. Aussi bien cette infraction que l'art. 260^{bis} CP revêtent une nature qui les destinent à saisir les actes préparatoires, que le Conseil fédéral met en avant avec une dose d'euphémisme, en considérant que ces dispositions ont « en commun le fait qu'elles *peuvent* s'appliquer avant même que l'acte terroriste prévu soit mis à exécution »⁹⁵, alors que telle est leur finalité véritable en réalité.

C'est dans cette même lignée que suivront dès 2001 l'incrimination de l'organisation des actions de propagande et le recrutement d'adeptes en faveur d'Al-Qaïda⁹⁶, puis en 2003 du financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP) que le législateur exclut de l'art. 260^{bis} CP, au motif précisément que le comportement réprimé recouvre déjà en tant que tel « des actes préparatoires spécifiques »⁹⁷. Une dernière vague d'incrimination des actes préparatoires devrait bientôt voir le jour dans le Code pénal, le Parlement étant appelé à se prononcer sur l'incrimination de l'entraînement au maniement d'armes ou d'explosifs, le recrutement et enfin sur le voyage (art. 260^{sexies} pCP)⁹⁸.

Cette dernière infraction est emblématique à plus d'un titre de l'incrimination à rebours de comportements équivoques pour faire face au terrorisme, en criminalisant des actes « *en vue de* » : d'une part, parce que toutes les infractions évoquées visent des actes préparatoires de l'activité terroriste ; d'autre part, car elles sont également toutes de nature formelle, ce qui a pour conséquence que la condamnation pénale peut « être détachée de toute réalisation effective, non seulement d'une action terroriste (attentat au sens courant), mais encore de tout trouble à l'ordre public »⁹⁹.

C'est ainsi dans une tout autre logique que procède l'intervention du droit pénal du terrorisme, car il ne s'agit plus d'incriminer l'action terroriste elle-même, mais la préparation qui la précède et plus exactement la *menace crainte* qui en découle. C'est précisément là que l'évolution du droit pénal est notable, parce que désormais, et de façon très nette pour le législateur, il assume désormais une fonction qui est la *prévention* des actions terroristes.

Cette mission nouvellement assignée au droit pénal contemporain est guidée par le fait que le terrorisme recèle en lui le risque de porter atteinte au droit à la vie qui est garanti (art. 2 CEDH). C'est en effet pour parer au terrorisme et à la menace d'attentat que le législateur cherche à attaquer le mal dès la racine pour détecter les premiers signes an-

⁹⁴ MOREILLON/LUBISHTANI, 511 ; BSK StGB-ENGLER, art. 260^{ter} N 7.

⁹⁵ FF 2002 5014, 5055 (souligné par nous).

⁹⁶ Art. 2 de la Loi fédérale interdisant les groupes Al-Qaïda et État islamique, ainsi que les organisations apparentées (LAQEI ; RS 122). Cette loi reprend des ordonnances du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, cf. RO 2001 3040 ; 2003 485 ; 2005 5425 ; 2008 6271 ; 2012 1 ; 2014 4565.

⁹⁷ FF 2002 5014, 5061.

⁹⁸ FF 2018 6469, 6561 s.

⁹⁹ ALIX, 845 ss.

nonciateurs, en multipliant les incriminations susceptibles d'intervenir très tôt sur le chemin de l'*iter criminis*, justifiant ainsi une forme de *répression anticipée*, mettant au cœur de la criminalisation non plus l'*acte* terroriste, mais la menace qu'il survienne. Pour le législateur à présent, le droit pénal ne doit plus attendre la concrétisation du danger pour entrer en scène, laissant de côté le principe de réactivité du droit pénal¹⁰⁰.

De ce fait, l'évolution du droit pénal dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste est triple puisqu'il n'est plus réaction, mais *proaction*, mais aussi, car il n'est plus de défense sociale, mais de *protection* de la communauté et, enfin, parce qu'il place la *menace* au centre de la répression et non plus l'acte. C'est donc en cela que le droit pénal se rapproche du droit public, car, quittant ses terres originelles, il est mobilisé essentiellement à des fins préventives face au terrorisme¹⁰¹. Alors que les champs de la *sécurité* et de *protection* sont traditionnellement dévolus au droit public¹⁰², voilà que le droit pénal du terrorisme les investit également, en assumant pleinement cette nouvelle fonction éloignée de ses fondamentaux, devant nous conduire à repenser la frontière entre ces deux disciplines.

C. Le droit public *répressif* par les mesures policières

Cette réponse pénale au terrorisme, toujours plus en amont, n'a pas engendré un recul « compensatoire » du droit public, bien au contraire. En effet, en lieu et place d'opérer un pas de retrait de l'aval pour faire la place à ce droit pénal préventif, le droit public tend à devenir plus répressif également, brouillant à son tour une frontière de plus en plus ténue entre ces deux branches, dans le cadre d'une répression plus généralement *publicisée*.

Pour prévenir le terrorisme avant la commission d'une infraction pénale, le droit public a tout d'abord pu compter sur les outils du droit de police que lui conférait d'ores et déjà la législation préexistante, à l'instar de l'interdiction d'entrée sur le territoire et l'expulsion, la déchéance de nationalité pour les plurinationaux, l'interdiction d'exercer une activité, le signalement, le monitoring d'Internet, mais aussi l'audition préventive¹⁰³. Par la suite, alors que la protection de l'État reposait sur une architecture datant des années cinquante, les menaces telles que le phénomène terroriste imposaient une refonte, qui a débouché sur l'adoption en 1997 de la Loi fédérale sur les mesures visant au maintien de la sûreté

¹⁰⁰ ALIX, 845 ss.

¹⁰¹ FF 1980 I 1216, 1218 ss ; MEYLAN, 33 ss ; ALIX, 845 ss.

¹⁰² TF 1C_518/2013, 1.10.2014, c. 3.2.

¹⁰³ Art. 67 al. 4 et 68 LEtr (RS 142.20) ; art. 42 LN (RS 141.0) reprenant l'art. 48a LN ; art. 39 et 73 LRens (RS 121) reprenant l'art. 9 aLMSI (RS 120 ; RO 2012 3745, 3746) ; CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse à l'interpellation 16.3269 du 25.4.2016, Lutte contre la radicalisation et le terrorisme, et financement des mosquées, 6.7.2016.

intérieure. Le Message y relatif soulignait que les mesures préventives sont essentielles pour lutter contre le terrorisme, car « les dispositions prises ultérieurement ne suffisent pas »¹⁰⁴, raison pour laquelle la Confédération s'est donc vu confier la mission d'agir « pour détecter précocement les dangers liés au terrorisme » (art. 2 al. 1 aLMSI)¹⁰⁵.

C'est toutefois peu avant les attaques du 11 septembre, lorsqu'ont été mises en œuvre diverses résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU¹⁰⁶, que les instruments du droit public se sont faits plus répressifs. Cette répression s'est traduite par la mise en place du gel des avoirs d'individus liés à Al-Qaïda, ainsi que de leur interdiction d'entrer en Suisse ou d'y transiter, le tout couplé à des sanctions pénales¹⁰⁷. Les attentats qui suivirent à New York moins d'une année après ont alors conduit le législateur à poursuivre dans cette direction, avec l'interdiction de l'organisation Al-Qaïda et d'autres groupes apparentés¹⁰⁸, puis par la banalisation de ce dispositif¹⁰⁹.

La multiplication des attentats terroristes sur le sol européen cette dernière décennie a fait émerger une politique sécuritaire en Europe et en Suisse, qui a cherché à développer un arsenal de mesures permettant d'appréhender le plus tôt possible tout terroriste potentiel. À ces fins, la nouvelle Loi fédérale sur le renseignement a été adoptée en 2015 pour entrer en vigueur le 1^{er} septembre 2017¹¹⁰, en accroissant considérablement les pouvoirs de surveillance préventive dont disposent désormais le service de renseignement (SRC) et la police, au moyen de mesures pouvant être « très intrusives »¹¹¹.

Ces mesures préventives *stricto sensu* appelaient néanmoins une nouvelle vague d'outils « préventifs » du droit public investissant plus avant le champ de la répression cette fois-ci. Celle-ci est désormais devant l'Assemblée fédérale avec le projet de Loi sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme¹¹². Le Conseil fédéral propose l'introduction de mesures dites à la fois *policières* et *préventives* qui visent à empêcher les infractions

¹⁰⁴ FF 1994 II 1123, 1130 et 1143.

¹⁰⁵ RO 1998 1546.

¹⁰⁶ Résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, puis les résolutions 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) et 1735 (2006).

¹⁰⁷ Art. 3, 4a et 6 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Al-Qaïda (RS 946.203).

¹⁰⁸ Art. 1 LAQEI. Cf. aussi RO 2001 3040 ; 2003 485 ; 2005 5425 ; 2008 6271 ; 2012 1 ; 2014 4565.

¹⁰⁹ Art. 74 al. 1 de la Loi sur le renseignement (LRens ; RS 121). Il est à noter que le projet du Conseil fédéral ne contenait pas cette disposition et que le gouvernement rappelait, en 2004, que l'interdiction d'organisation et de partis suisse ou étrangers est exceptionnelle car elle « va à l'encontre de la tradition de la Suisse » (FF 2003 4693, 4752).

¹¹⁰ Contestée par référendum, la loi a été plébiscitée par 65,5 % des votants (FF 2017 339).

¹¹¹ MÉTILLE, 149.

¹¹² FF 2019 4541. Bien que le projet ne soit pas encore entre les mains du Parlement, il ne fait que peu de doute qu'il sera adopté dans ses grandes lignes selon nous, compte tenu du contexte politique actuel.

terroristes que *pourrait* commettre un « terroriste potentiel » (art. 2 al. 2 lit. d^{bis} pLMSI). Ces mesures sont plus précisément l'obligation de se présenter, l'interdiction de contact, géographique, de quitter le territoire et l'assignation à une propriété (art. 23k ss pLMSI).

Si les mesures du droit public adoptées jusqu'alors respectaient de manière assez stricte la séparation entre droits pénal et public, les propositions de ce texte amènent le droit public à s'immiscer dans la répression, qui s'en trouve donc publicisée. D'emblée en effet, le Message révèle la nature ambivalente des mesures proposées par le gouvernement, en les opposant aux « mesures préventives » du SRC utilisées à des fins de détection, car, « à l'inverse », celles prévues soit *imposent* soit *interdisent* certains comportements aux personnes constituant une menace¹¹³. Bien que labellisées comme étant des « mesures policières préventives », force est de constater qu'elles recèlent en elles un fort caractère répressif et qu'il s'agit en réalité de *mesures de contrainte*, l'aspect policier ayant le dessus ici.

D'ailleurs, rien ne distingue ces mesures dans leur intensité de celles, *pénales*, que contiennent le Code de procédure pénale et le Code pénal¹¹⁴. C'est sur ce point que la publication de la répression est saillante, car le droit public avance très nettement sur le chemin de l'*iter criminis* en empruntant des moyens du droit pénal... mais avec ses garanties en moins.

En effet, ces mesures de contrainte peuvent être prises sur la base de simples « indices » sérieux et actuels, qui sont censés révéler la nature de « terroriste potentiel » de la personne qui en fait l'objet (art. 23e al. 1 lit. a pLMSI). À ce stade cependant, l'individu n'a pas encore franchi la barrière de l'illégalité pénale et se trouve donc en dehors de toute procédure pénale qui permettrait, en règle générale, de déclencher ces mesures de contrainte. Au contraire, détachées de tout acte punissable ou de soupçon laissant présumer la commission d'une infraction (art. 197 al. 1 lit. b CPP), ces mesures de contrainte policières dépendent uniquement d'un pronostic qui, de l'aveu même du gouvernement, n'est pas entièrement objectif mais plutôt subjectif¹¹⁵.

En outre, ces mesures peuvent être ordonnées, à l'exception de l'assignation à une propriété, par une autorité administrative, à savoir fedpol (art. 23j al. 1 pLMSI), et non par un tribunal offrant toutes les garanties de procédure nécessaires à cet égard¹¹⁶. De surcroît, ces mesures sont directement exécutoires et dépourvues de l'effet suspensif en principe (art. 24g al. 3 pLMSI). Bien qu'elles puissent être contestées devant le Tribunal

¹¹³ FF 2019 4541, 4547.

¹¹⁴ Cf. art. 237 al. 2 lit. c, d et g CPP et 67b CP.

¹¹⁵ FF 2019 4541, 4573.

¹¹⁶ Le système mis en place est plus complexe pour l'assignation à une propriété, puisqu'après avoir été ordonnée, la mesure doit rapidement être « validée » par le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne (art. 23p al. 4 pLMSI).

administratif fédéral (art. 24g al. 1 pLMSI), le mécanisme mis en place a pour corollaire l'instauration d'un système où le fardeau de la preuve de la *dangerosité potentielle* est renversé en défaveur du *presqu'accusé* à qui il incombe de démontrer qu'il n'est pas *potentiellement* dangereux. Finalement, la mise en place des infractions « publico-pénales »¹¹⁷ venant sanctionner les manquements aux mesures prononcées (art. 29a pLMSI) achève de renforcer cette répression du terrorisme émanant, cette fois-ci, du droit public par les nouvelles mesures policières projetées.

Conclusion

Le droit pénal connaît une évolution certaine pour faire face à la menace terroriste. En effet, l'apparition des nouvelles incriminations terroristes dans le Code pénal traduit un changement de philosophie dans la discipline, dans la mesure où ces infractions ont pour objectif spécifique la *prévention* du terrorisme. Il ne s'agit donc plus pour le droit pénal de répondre à la concrétisation d'un danger, mais de parer en amont à sa réalisation. Si l'attaque est la meilleure défense pour certains, il convient toutefois de relever que l'idée maîtresse du droit pénal, pour qui l'acte fait le criminel et déclenche la réponse répressive, s'en trouve mise à mal¹¹⁸. Évoluant désormais sur le terrain de la prévention, le droit pénal empiète donc sur les terres du droit public et, appelé à collaborer avec ce dernier dans sa nouvelle mission du maintien de la sécurité, le droit pénal s'en trouve *publicisé*.

Ce mouvement d'un droit pénal publicisé est secondé par une répression émanant du droit public lui-même, lequel ne se satisfait plus de dispositifs prenant simplement en compte la dangerosité d'un individu. Avec les mesures policières, le droit public va plus loin et devrait bientôt disposer d'outils qui reprennent la conception, essentiellement pénale, selon laquelle il faut traiter la dangerosité en *neutralisant* les intéressés, à l'instar de l'assignation à une propriété.

En définitive, s'il est vrai que tant le droit pénal que le droit public ont connu avant l'apparition de la menace terroriste des mécanismes dont la philosophie empruntait à la discipline voisine, l'évolution récente et à venir permet de laisser penser qu'il ne s'agit plus seulement de quelques modulations de part et d'autre, mais d'une véritablement *mutation* dans les rapports entretenus par ces deux disciplines. En effet, la recrudescence de l'activité législative ces dernières années interroge plus que jamais sur les frontières entre ces deux branches de l'ordre juridique et plus largement sur la relation entre le

¹¹⁷ ALIX, 845 ss.

¹¹⁸ Sur ce point, cf. TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 21 ss et références citées.

répressif et le préventif, avec l'émergence d'un droit pénal *publicisé* ou, peut-être, l'arrivée d'un droit hybride et singulier, un droit de la sécurité nationale.

Bibliographie

- ALIX Julie, Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale, *Revue des sciences criminelles (RSC)* 2017 845 ss.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines (Livourne 1764)*, Paris 1979.
- CASSANI Ursula, Le droit pénal : esclave ou maître du droit civil ? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique : une liberté sous surveillance, *SJ* 2000 II 287 ss.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.
- DUNAND Jean-Philippe / MAHON Pascal / PERRENOUD Stéphanie (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. Droit suisse et droit comparé*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : AUTEUR, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD).
- DUPUIS Michel / MOREILLON Laurent / PIGUET Christophe / BERGER Séverine / MAZOU Miriam / RODIGARI Virginie (édit.), *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC CP, art. 1 N 1).
- DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, Paris 1893.
- FLEINER-GERSTER Thomas, *Grundzüge des und allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrechts*, 2^e éd., Zurich 1980.
- GARBARSKI Andrew, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure, *RPS* 130/2012 IV 409 ss.
- GRAVEN Jean, Droit pénal et défense sociale, *RPS* 70/1955 1 ss (cité : GRAVEN, Défense sociale).
- GRAVEN Philippe, *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, *RPS* 86/1970 37 ss (cité : GRAVEN, Répression pénale et défense sociale).
- GAUTHIER Jean, Droit administratif et droit pénal, in : *Rapports et communications de la société suisse des juristes* IV 105/1971 325 ss.
- GAUTHIER Jean (édit.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg 1984 (cité : AUTEUR, in : GAUTHIER, Sanctionnateur).
- GRAVEN Philippe / STRÄULI Bernard, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995.
- GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984.
- HURTADO-POZO José, *Droit pénal – Partie générale*, Genève/Zurich/Bâle 2008.
- HURTADO-POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal – Partie générale*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2013.
- JEANNERET Yves, Via sicura : le nouvel arsenal pénal, *Circulation routière* 2/2013 31 ss.
- KILLIAS Martin / KUHN André / DONGOIS Nathalie, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016.
- KUHN André / JEANNERET Yvan (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010 (cité : CR CPP-AUTEUR, art. 1 N 1).

- KUHN André, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, *RPS* 135/2017 III 235.
- LEROY Yves / SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.
- LOGOZ Paul / SANDOZ Yves, *Commentaire du Code pénal suisse – Partie générale (art. 1 à 110)*, 2^e éd., Neuchâtel/Paris 1976.
- MACALUSO Alain / MOREILLON Laurent / QUELOZ Nicolas (édit.), *Commentaire romand. Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR, art. 1 N 1).
- MARQUISET Jean, *Le crime*, 5^e éd., Paris 1976.
- MERLE Roger / VITU André, *Traité de droit criminel*. Tome I, 3^e éd., Paris 1979.
- MÉTILLE Sylvain, Internet et droit. Protection de la personnalité et questions choisies, 2017.
- MEYLAN Jean-François, Les actes préparatoires délictueux en droit pénal suisse (art. 260^{bis} CP), Lausanne 1990.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (Genève 1748)*, Paris, 1995.
- MOOR Pierre, L'opposition entre droit public et droit privé : un état de la question, in : Fleiner (édit.), *Mensch und Staat. L'homme et l'État*, Fribourg 2003.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., Berne 2012.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III, 2^e éd., Berne 2018.
- MOREILLON Laurent / LUBISHTANI Kastriot, Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme. Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais, *RPS* 136/2018 499.
- NIGGLI Marcel Alexander / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Strafrecht (StGB/JSiGB)*, 4^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB-AUTEUR, art. 1 N 1).
- NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JSiPO)*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR, art. 1 N 1).
- PAREIN Loïc, *La fixation de la peine. De l'homme coupable à l'homme capable*, Thèse, Bâle 2010.
- PIQUERER Gérard / MACALUSO Alain, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011.
- ROTH Robert / MOREILLON Laurent, *Commentaire romand. Code pénal I*, Bâle 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR, art. 1 N 1).
- ROUSSEAU Jean-jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, disponible sous <https://ebooks-bnr.com/ebooks/pdf4/rousseau_du_contrat_social.pdf> (consulté le 30.4.2019).
- SCHWANDER Vital, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2^e éd., Zurich, 1964.
- STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner*, Teil I : *Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.
- TRECHSEL Stefan / NOLL, Peter / PIETH, Mark, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.

TULKENS Françoise / VAN DE KERCHOVE Michel, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles 1991.

WEBER Max, *Le savant et le politique (1919)*, Paris 1963.

WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne 2012.

WIEDERKEHR René, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2017.

Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung

Inhalt	Seite
Einführung	191
I. Ausgangslage	192
A. Vorbemerkung	192
B. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Forschungsförderung	193
C. Das FIG im Überblick	194
II. Forschungsförderung und Demokratie	195
A. Vorbemerkung	195
B. Wandel der Forschung – Wandel der Forschungsförderung	196
C. Probleme	200
III. Forschungsförderung und Forschungsförderungsinstitutionen	203
A. Vorbemerkung	203
B. Das Verfahren beim SNF	204
C. Der SNF und seine Open Access Politik	207
Literaturverzeichnis	208

Einführung

(Öffentliches) Recht ist immer in Bewegung: Recht ist u.a. eine Antwort auf geschichtliche Ereignisse, und die Welt bewegt sich. Dabei bleibt es oft in bewährten Fahrplänen, allerdings muss es oftmals auch neue Begriffe, neue Konzepte oder Theorien suchen, um die realen Probleme rechtlich handhabbar zu machen.¹ Die Funktionen der Forschung haben sich in den letzten Jahren grundlegend gewandelt. Davon ist natürlich auch die

* Prof. Dr. iur., Advokat, Titularprofessor an der Universität St. Gallen für öffentliches Recht, wissenschaftlicher Berater und Gerichtsschreiber an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne).

¹ ERRASS, Verlust, S. 3 mit Hinweisen.

staatliche Forschungsförderung betroffen, was diverse Probleme verursacht. Im Folgenden soll einigen Wenigen nachgegangen werden.

Staatliche Forschungsförderung ist Wirtschaftsrecht und tangiert spezielle verwaltungs- und verfahrensrechtliche Aspekte, Bereiche, denen sich Etienne POLTIER in seiner akademischen Laufbahn intensiv gewidmet hat.

I. Ausgangslage

A. Vorbemerkung

Gottfried Wilhelm LEIBNIZ verfasste 1680 eine Abhandlung mit dem Titel «Regeln zur Förderung der Wissenschaften».² Es handelt sich dabei um einen Beitrag zu seinem Plan einer Enzyklopädie des gegenwärtigen und jeglichen Wissens mittels einer «scientia generalis». Diese Methode soll den erst noch durch den Staat zu schaffenden «Sozietäten der Wissenschaften» dienen.³ Auch wenn LEIBNIZ' Erfolg kärglich erscheinen mag,⁴ hat er die «staatliche» Wissenschaftslandschaft nachhaltig beeinflusst.⁵ Dies gilt auch für die Schweiz: Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat «seit jeher die Auffassung vertreten», dass sie auch ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage zur Forschungsförderung befugt ist.⁶ Erst 1973 erfolgte eine ausdrückliche Aufnahme einer solchen Kompetenz in die Verfassung. Bereits 1944 wurde die Kommission zur Förderung wissenschaftlicher Forschung gegründet,⁷ 1952 der Schweizerische Nationalfonds (SNF)⁸. Später sind die Akademien der Wissenschaften formell als behördliche Institutionen anerkannt worden.⁹

Unbestritten hat der Staat die Forschung vorangetrieben. So sind etwa wesentliche Erkenntnisse der Chemie, der Elektronik oder der Computertechnologie während der beiden Weltkriege durch staatliche Förderung vorangetrieben worden.¹⁰ Auch heute ist «der

² LEIBNIZ, 93 ff.

³ Dazu Vorbemerkung des Herausgebers, S. 95; POSER, S. 408 ff.

⁴ Nur in Berlin wurde eine solche Sozietät gegründet, welche aber nach seinem Tod zur Bedeutungslosigkeit herabsank (POSER, S. 408).

⁵ Vgl. POSER, S. 408.

⁶ Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 419.

⁷ Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 408; SCHWARZMANN, S. 1 f., 4.

⁸ Dazu SCHWARZMANN, S. 10 f. (zur Vorgeschichte, S. 5 ff.); Botschaft SNF, passim.

⁹ Siehe Art. 5 des Bundesgesetz über die Forschung (Forschungsgesetz, FG) vom 7. Oktober 1983 (AS 2008 433, 437; BBl 2007 1223); dazu auch Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, 1309 ff., insbes. 1311.

¹⁰ Vgl. KREIBICH, durchgehend.

Staat [vielfach] risikobereiter Visionär»¹¹. So zeigt Mariana MAZZUCATO¹² für die USA, dass der Staat mit beträchtlichen Beiträgen moderne Technologien, wie etwa das Internet und die Nanotechnologie, fördert. Auch für die Schweiz lässt sich dasselbe beobachten: So verlangt das Postulat 15.3678¹³ u.a., dass der Staat die Fördergelder offenlege, welche er für die Erforschung von Medikamenten aufbrachte, und Alban FREI zeigt eindrücklich, wie der Staat ein Netzwerk der Systembiologie ausserhalb der normalen Fördergefässe förderte.¹⁴

Mit der staatlichen Forschungsförderung sind allerdings auch Probleme verbunden. Im Folgenden sollen einige herausgegriffen werden. Zunächst soll kurz der verfassungsrechtliche Rahmen und das FIG¹⁵ dargestellt werden.

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Forschungsförderung

Art. 64 Abs. 1 BV begründet eine umfassende parallele Kompetenz, die den Bund zum Fördern der wissenschaftlichen Forschung und der Innovation verpflichtet.¹⁶ Forschung ist die «Gewinnung und Weitergabe menschlicher Erkenntnisse durch die freie Wahl von Fragestellung, Methode und Durchführung»¹⁷. Mit dem Begriff der Innovation wird «[...] auf die Nutzung von wissenschaftlichen Erkenntnissen im Anwendungsbereich, d.h. in der Entwicklung innovativer Produkte und Dienstleistungen für Gesellschaft und Wirtschaft [gezielt]»^{18,19} Wie Art. 2 lit. b FIG klarstellt, ist Innovation wissenschaftsbaasierte Innovation. Dazu gehört die Forschung. Innovationsförderung ist somit ebenfalls Forschungsförderung.²⁰ Auch wenn die Forschungsförderung nach Art. 64 BV und die Forschungsfreiheit nach Art. 20 BV eng zusammenhängen, hat jene diese zu respektie-

¹¹ MAZZUCATO, S. 39, 79 ff.

¹² MAZZUCATO, passim.

¹³ Vgl. Postulat 15.3678, Medikamente, die aus Schweizer Universitäten stammen. Gewinnbeteiligung des Staates.

¹⁴ FREI, passim; Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, BBl 2007 1352 ff.

¹⁵ Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation; SR 420.1.

¹⁶ Vgl. z.B. MAHON, AUBERT/MAHON, N 4 zu Art. 64.

¹⁷ BGE 127 I 145, 152 E. 4b; siehe auch z.B. BIAGGINI, BV Kommentar, N 8 zu Art. 20; SCHWEIZER, SG-Komm., N 14 zu Art. 20; KÖNIG, S. 31 f., 120 ff.; THURNHERR, S. 30; Botschaft FIG, BBl 2011 8868 f., 8920; BVerfGE 35, 79 ff., 112; aus philosophischer Sicht z.B. Carsten SECK, Forschung, in: *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, S. 730 ff.; Kuno LORENZ, Forschung, in: *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, S. 663 f. Siehe auch Art. 3 lit. a HFG (Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen; Humanforschungsgesetz; SR 810.30).

¹⁸ Vgl. PI Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5512.

¹⁹ Zur Problematik des Begriffs KÖNIG, S. 130 f.

²⁰ Vgl. Botschaft FIG, BBl 2011 8845, 8848; KÖNIG, S. 130, 131 f., 134.

ren.²¹ Art. 6 Abs. 1 lit. a FIFG hebt dies ausdrücklich hervor. Angesichts beschränkter Mittel hat der Gesetzgeber Kriterien für förderungswürdige Vorhaben zu erlassen.²² Anspruch auf eine Förderung besteht deshalb gerade nicht.²³ Dabei sollen von der Forschungsförderung alle wissenschaftlichen Disziplinen und nicht nur die Naturwissenschaften profitieren.²⁴ Art. 64 Abs. 1 BV bildet zudem keinen Verfassungsvorbehalt, um vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV abzuweichen.²⁵

Forschungsförderer ist der Staat.²⁶ Er kann seine Aufgabe durch verschiedene Verwaltungsträger wahrnehmen. In den Genuss von Förderung kommen staatliche und private Forschende.²⁷ Eine direkte Förderung privater Forschung ist allerdings nicht nur politisch, sondern auch rechtlich heikel.²⁸ Gefördert werden sollen nicht nur einzelne Projekte, sondern auch Hilfsdienste, die für eine rationelle moderne Forschung unerlässlich sind, wie etwa Dokumentations- und Informationsdienste oder Datenverarbeitungsnetze und leistungsfähige Rechenzentren.²⁹

C. Das FIFG im Überblick

Mit dem FIFG konkretisiert der Bund die verfassungsrechtliche Aufgabe der Forschungsförderung. Das FIFG ist im Grundsatz ein Organisationserlass.³⁰ Aufteilung der Aufgaben auf die verschiedenen Verwaltungsträger. Im Wesentlichen handelt es sich allerdings um die Aufgabenverteilung auf die beiden Förderorgane SNF und Innosuisse.³¹

Forschungsorgane sind Forschungsförderungsinstitutionen (SNF, Verbund der schweizerischen Akademien), die Innosuisse, gewisse Hochschulforschungsstätten und für gewisse Aufgaben die Bundesverwaltung (Art. 4 FIFG). Materielle Grundsätze finden sich

²¹ Vgl. z.B. BIAGGINI, BV Kommentar, N 8 zu Art. 20.

²² Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 434. Zur Entwicklung eines Konzepts KÖNIG, S. 135 f.

²³ Vgl. z.B. Botschaft BV, BBl 1997 I 281; HÄNNI, BSK BV, N 6 zu Art. 64; KÖNIG, S. 139 ff. (Fazit S. 141).

²⁴ Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 408.

²⁵ Vgl. z.B. KÖNIG, S. 127, 132 f., 158. Zu weiteren Kompetenzgrundlagen, welche unter gewissen Voraussetzungen Forschungsförderung und allenfalls gar ein Abweichen von der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV zulassen, KÖNIG, S. 150 ff., 159.

²⁶ Vgl. KÖNIG, S. 41 ff. und Art. 7 FIFG.

²⁷ So auch SCHOTT, SG-Kommentar, N 18 zu Art. 64. Beispiele von Förderung privater Forschung in Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 409 f.

²⁸ Entgegen SCHOTT, SG-Kommentar, N 18 zu Art. 64.

²⁹ Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 434.

³⁰ Vgl. Botschaft FIFG, BBl 2011 8836.

³¹ Vgl. Botschaft FIFG, BBl 2011 8842 f., 8847.

in Art. 6 Abs. 1–3 FIFG nur wenige:³² Danach haben die Forschungsorgane die Forschungsfreiheit – als Teilgehalt der Wissenschaftsfreiheit, die Massstab und Leitmotiv des Wissenschaftsrechts bildet –³³, die wissenschaftliche Qualität von Forschung und Innovation – als Ausfluss von Art. 64 Abs. 2 BV – sowie die Vielfalt der wissenschaftlichen Meinungen und Methoden zu achten. Rechnung zu tragen ist der wissenschaftlichen Integrität und der guten wissenschaftlichen Praxis. Ein besonderes Augenmerk gilt dem wissenschaftlichen Nachwuchs und der Chancengleichheit von Mann und Frau. Zu berücksichtigen sind neben der internationalen Zusammenarbeit auch die Ziele einer nachhaltigen Entwicklung von Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt.

Das zweite Kapitel handelt von der Förderung:³⁴ U.a. Aufgaben und Zuständigkeiten der Forschungsförderungsinstitutionen (Art. 9–13 FIFG). Diese fördern nach Art. 9 Abs. 2 FIFG die Forschung, soweit diese nicht unmittelbar kommerziellen Zwecken dient. Sie erlassen die für die Forschungsförderung notwendigen Bestimmungen, die der Bundesrat zu genehmigen hat (Art. 9 Abs. 3 FIFG). Art. 13 FIFG regelt das Verfahren und den Rechtsschutz. Art. 14–17 FIFG handelt von der Forschung und der Forschungsförderung durch die Bundesverwaltung. Die Innovationsförderung, welche durch die Innosuisse erfolgt, wird in den Art. 18–25 FIFG geregelt. In Art. 32–34 FIFG finden sich die Bestimmungen zur Unterstützung eines schweizerischen Innovationsparks.

Das dritte Kapitel regelt die Koordination und die besonders heikle³⁵ politische Planung von Forschung und Innovation.

II. Forschungsförderung und Demokratie

A. Vorbemerkung

1972 hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Verfassungsrevision darauf hingewiesen,³⁶ dass eine Nation durch Forschungsleistungen wesentlich ihre Stellung in der Welt bestimmen könne. Zudem werde das wirtschaftliche Geschehen von auf der Forschung basierenden Fortschritten von Wissenschaft und Technik beeinflusst.³⁷ Insgesamt hätten

³² Siehe auch Botschaft FIFG, BBl 2011 8868, 8872 ff.

³³ Siehe dazu etwa KÖNIG, S. 95.

³⁴ Zur internationalen Zusammenarbeit siehe ERRASS, Forschung, passim.

³⁵ So auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 28 N 110.

³⁶ Vgl. Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 405 ff.

³⁷ Siehe auch GUGERLI/TANNER, S. 265, 267 f. In der Wissenschaftsaussenpolitik hat die Schweiz bereits früh die Wissenschaftspolitik mit der Wirtschaftspolitik verbunden (vgl. ERRASS, Forschung, Rz. 63; siehe auch Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 409, 411 ff.).

daher sowohl staatliche Behörden als auch private Unternehmen ihre Forschungsanstrengungen ausgebaut und beträchtliche Summen investiert. Gegenwärtige und zukünftige Probleme liessen sich mit den heute bekannten Methoden und Produkten nicht bewältigen – dies auch unter dem Eindruck der internationalen Ölkrise.³⁸ «Deshalb muss die Forschung weiterhin intensiv gefördert werden» – neben der Hochschulforschung und der Forschung in der Verwaltung auch die Industrieforschung.³⁹

B. Wandel der Forschung – Wandel der Forschungsförderung

Den Worten hat der Bund auch Taten folgen lassen. Neben der Aufnahme des Forschungsförderungsartikels in die Bundesverfassung hat er in den 1970er-Jahren weitere Meilensteine in der Forschungsförderung gesetzt: Kurz zuvor gründete er die *École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL)*,⁴⁰ die im Jahre 2019 ihren 50-jährigen Geburtstag feiert.⁴¹ Daneben führte er die nationalen Forschungsprogramme (NFP) ein. Diese drei Meilensteine waren Ausdruck einer aktiven, auf inhaltlicher Ebene ansetzenden Forschungspolitik.⁴² Die Forschungsförderung sollte neu «zielorientiert» erfolgen, was sich u.a. in der Förderung *bestimmter* Forschungsbereiche zeigte.⁴³ Mit den NFP als Teil dieser Politik sollte auf aktuelle Probleme wissenschaftlicher, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Art schnell reagiert werden können.⁴⁴ Diese neue Politik unterschied sich von der bisherigen «allgemeinen» Forschungsförderung des SNF.⁴⁵ Die Forschungsförderung bewegte sich allerdings immer noch in «alten Bahnen»: Die akademische Forschung widmete sich vor allem der Grundlagenforschung, die Wirtschaft demgegenüber der angewandten Forschung.⁴⁶ Die Forschung in der Verwaltung (sog. Ressortforschung) konzentrierte sich auf die Landwirtschaft, die Armee, den Verkehr und die Kommunikation sowie den Sport.⁴⁷ Etwas später lässt sich ein weiterer Modernisie-

³⁸ Dazu FREI, S. 44.

³⁹ Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 405 ff. (Zitat S. 406).

⁴⁰ Botschaft EPFL; AB N 1968 III 620; AB S 1968 III 254. Zum Ursprung der EPFL siehe auch SCHLACHTER, S. 485.

⁴¹ <https://www.epfl.ch/campus/events/fr/celebration/lhistorique-de-lepfl/> (besucht 15.4.2019).

⁴² FREI, S. 44.

⁴³ Vgl. Botschaft Forschungsförderung 1975-1979, BBl 1974 I 1117.

⁴⁴ Siehe FREI, S. 44.

⁴⁵ Botschaft Forschungsförderung 1975-1979, BBl 1974 I 1117.

⁴⁶ Zur Antagonie zwischen dem unerschütterlichen Glauben an die positive Wirkung der Kooperation von Institutionen bzw. der Vernetzung von Akteuren und der klaren Arbeitsteilung zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand GUGGERLI/TANNER, S. 289.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen Botschaft BV Forschungsartikel, BBl 1972 I 405 ff.; siehe auch FREI, S. 51; zur Industrieforschung BÜRGI, S. 25 ff.; zur Privatwirtschaft allgemein GUGGERLI/TANNER, S. 273 ff. Zu diesen verschiedenen Forschungen WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 55 ff., 72 ff.

rungsschub in der Forschungspolitik konstatieren: Forschung bildet nunmehr *den* Schlüsselfaktor im internationalen Wettbewerb um Technologie und Innovation.⁴⁸

Allerdings währte die Euphorie nur kurz: In den frühen 1990er Jahren schlitterte die Schweiz – der Geschichtsschreibung zufolge – «in eine ernsthafte Krise»⁴⁹, die das Schweizer Selbstverständnis erschütterte. Zu nennen sind etwa der Kopp-Skandal, die Fichenaffäre, die gescheiterte 700-Jahr Feier, die Geheimarmee P-26, das EWR-Nein, die Verschlechterung der Wirtschaftslage, die hohe Arbeitslosigkeit oder die knappen Finanzen.⁵⁰ Die Krisen wirkten sich auch auf die Forschungspolitik aus, was sich in Budgetkürzungen und in der abnehmenden öffentlichen Akzeptanz der Wissenschaft bzw. der Technik (z.B. Biotechnologie) äusserte.⁵¹

Diese Krisen lösten Transformationen aus, welche die Schweiz nachhaltig veränderten.⁵² Hier sollen indes nur die Rekonfigurationen der Forschungspolitik im Vordergrund stehen: Kurze Zeit nach dem EWR-Nein beschloss das Parlament einen Kredit von 477 Millionen Franken für die weitere Teilnahme an den europäischen Forschungsprogrammen.⁵³ In der Schweiz selbst lassen sich die forschungspolitischen Rekonfigurationen fünf Bereichen zuordnen:⁵⁴ a) Öffentlichkeitsarbeit und Kommunikation (Forschung hat einen öffentlichen Charakter, Aufkommen von wissenschaftsvermittelnder Literatur, Technikfolgenabschätzung); b) Internationale Zusammenarbeit und Europa (Forschungsaussenpolitik,⁵⁵ Schaffung eines Staatssekretärs); c) Organisations- und Institutsreformen (Reduktion der zuständigen Departemente von sieben auf zwei und schliesslich auf ein Departement, Schaffung eines Staatssekretariats, institutionelle Änderungen im Hochschulbereich, Anpassungen im Forschungsgesetz); d) Management und Governance (Effizienz, Transparenz, In- und Output der Forschung, unternehmerische Führungsstruktur und Kooperation) und schliesslich e) Valorisierung. Mit dieser erfolgte ein Paradigmenwechsel: Während zuvor Forschung «der Wahrheit verpflichtet» sein und prinzipiell frei von politischen und wirtschaftlichen Interessen stattfinden sollte, rückte ab den 1990er Jahren eine ökonomische Erwartungshaltung gegenüber dem Forschungssystem in den Vordergrund.⁵⁶ Insgesamt zeichnet sich damit ein enger werdendes Verhältnis zwischen akademischer Forschung und Industrie ab, das zugleich «eine Akademisierung

48 Vgl. FREI, S. 45 f.

49 Vgl. FREI, S. 46. HALBEISEN/STRAUMANN, S. 1059, bezeichnen diesen Zeitraum als instabile Zeit.

50 Dazu TANNER, S. 466 ff.; FREI, S. 47 ff.; HALBEISEN/STRAUMANN, S. 1058 ff. Zu den Finanzen siehe GUEX, S. 1122.

51 FREI, S. 54 ff.

52 FREI, S. 59; HALBEISEN/STRAUMANN, S. 1058 ff., insbes. 1064 f.

53 Vgl. AB S IV 1355; AB N IV 2531.

54 Zum Ganzen FREI, S. 61 ff.

55 Dazu ERRASS, Forschung, passim.

56 Vgl. FREI, S. 71 f.

der Industrieforschung und eine Ökonomisierung der akademischen Forschung» bedeutete.⁵⁷ Dies gipfelte mancherorts in Netzwerken (z.B. SystemsX.ch), das aus verschiedenen (privaten und staatlichen) Akteuren bestand.⁵⁸ Auch wenn das Verhältnis zwischen akademischer und Industrieforschung bereits früher eng war,⁵⁹ hat sich das Verhältnis doch grundlegend gewandelt.⁶⁰

Dieses enger werdende Verhältnis hatte vor allem drei Ursachen: *Erstens* waren die staatlichen Ressourcen knapp, weshalb sich die Akteure in der akademischen Forschung neue Finanzierungsquellen erschliessen mussten (Akquirierung von Drittmitteln).⁶¹ *Zweitens* unterstellte die Politik auch die akademische Forschung dem neoliberalen Dogma. Die Forschung musste fortan der gemeinsamen Wohlfahrt dienen⁶² und insofern einen Nutzen erbringen.⁶³ Ein Zeugnis dieser Umstellung ist die Kompetenz des Bundes, die Gewährung von Bundesmitteln an die Bedingung zu knüpfen, dass die Immaterialgüterrechte an den mit diesen Mitteln erzielten Forschungsergebnissen der arbeitgebenden Institutionen übertragen werden.⁶⁴ Dieses Vorgehen hat sich weltweit etabliert.⁶⁵ Eine *dritte* Ursache liegt auch in gewissen akademischen Disziplinen selbst: So verschwimmen⁶⁶ die Grenzen zwischen Grundlagen (akademischer) und Anwendungsforschung bei sog. «High-Tech»-Bereichen, wie Biotechnologie, Nanotechnologie, Life Science⁶⁷ (einschliesslich Pharmazie,⁶⁸ Medizin), Chemie, Mikroelektronik, Computer- und

⁵⁷ WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 62; WEINGART, Stunde, S. 171 ff.; WILHOLT, S. 329 f.

⁵⁸ Vgl. Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, BBI 2007 1350 ff. (mit dem vielsagenden Titel: Gemeinsame Projekte von Hochschulen, Privatwirtschaft und Förderorganen), 1352 ff. Zu SystemsX.ch siehe FREI, passim, insbes. S. 77 ff.; Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, BBI 2007 1352 ff. Zu Netzwerken auch Botschaft Innosuisse, BBI 2015 9494.

⁵⁹ Vgl. GUGGERLI/TANNER, S. 285 ff., 289 ff., 298; BÜRGI, passim; siehe auch VEC durchgehend. Früh wurde auch mit der akademischen Ausbildung von Ingenieuren an der ETH (Ähnliches kann man in Frankreich und Deutschland feststellen) Grundlagenforschung mit angewandter Forschung verknüpft (siehe z.B. SCHLACHTER, passim; siehe auch HÄNNI, BSK BV, N 9 zu Art. 64).

⁶⁰ WEINGART, Stunde, S. 191.

⁶¹ Vgl. WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 62; WEINGART, Stunde, S. 199; siehe auch HUBER, S. 43, 48 ff.

⁶² Vgl. WEINGART, Stunde, S. 177; HAGNER, S. 10.

⁶³ Z.B. WILHOLT, S. 328 ff.; WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 94. Da es den Geisteswissenschaften kaum möglich ist, die Forderung nach Nützlichkeit und Verwertung zu erfüllen, fällt es ihnen schwer, sich zu legitimieren (vgl. HAGNER, S. 36).

⁶⁴ Vgl. Botschaft Forschungsförderung 2000-2003, BBI 1999 I 424.

⁶⁵ WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 64; siehe auch WEINGART, Stunde, S. 177 f.

⁶⁶ Vgl. auch BGE 135 II 405, 410 f. E. 4.3.1; KÖNIG, S. 33; Botschaft FIGF, BBI 2011 8920 (ungenau ist dort die Auffassung, wonach die Kategorisierung in Grundlagenforschung und angewandte Forschung auf Vannevar Bush zurückgehe. Das Kaskadenmodell hat bereits Francis BACON propagiert [Francis BACON, *Neues Organon*, 1620, Bd I. § 82, 99, 117]).

⁶⁷ Dazu FREI, passim.

⁶⁸ Dazu BÜRGI, passim.

Kommunikationstechnologie.⁶⁹ In beiden Forschungsbereichen beruhen die Arbeiten auf derselben Technik.⁷⁰ «Die Grundlagenforschung treibt die Anwendung und diese treibt ihre industrielle Nutzung geradezu hervor.»⁷¹ Aktuellstes Beispiel bildet die Crispr/Cas9 Methode.⁷²

Die Rekonfigurationen wurden v.a. durch *Gesetzesanpassungen* verwirklicht. Ziel bildete dabei die «Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit und des Wachstums»⁷³. Dementsprechend durfte und darf sich die Forschungsförderung nunmehr an kommerziellen Zwecken ausrichten.⁷⁴ Dies galt und gilt selbst für die klassische Grundlagenforschung.⁷⁵ Am 1. Januar 2011 wurde die Kommission für Technologie als *entscheidende* Behörde eingeführt,⁷⁶ welche mit dem SAFIG⁷⁷ in die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse) umgewandelt wurde.⁷⁸ Rechtlich handelt es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 SAFIG). Ihr Ziel ist die Förderung der *wissenschaftsbasierten* Innovation im Interesse von Wirtschaft und Gesellschaft (Art. 2 Abs. 1 SAFIG). Insofern ist die Innosuisse *wirtschaftspolitisch* ausgerichtet.⁷⁹ Da Innovation wissenschaftsbasierte Innovation ist, welche auch die Forschung umfasst,⁸⁰ ist Innovationsförderung wirtschaftspolitische Forschungsförderung.⁸¹ Die beiden wichtigsten Förderungsinstitutionen, SNF und Innosuisse, ergänzen sich im Wesentlichen.⁸² Innovationsförderung ist direkt auf den wirtschaftlichen Nutzen bezogen, während die Forschungsförderung nur «nicht unmittelbar» wirtschaftlichen Nutzen dienen darf.⁸³ Im Rahmen der Innovationsförderung unter-

⁶⁹ Vgl. z.B. WEINGART, Stunde, S. 188 f., 199 f.; siehe auch HÖFFE, S. 80 ff. Zu den entsprechenden Wunschvorstellung ERRASS, Technikregulierung, S. 69 ff.

⁷⁰ Vgl. HÖFFE, S. 83.

⁷¹ Vgl. HÖFFE, S. 83.

⁷² Dazu ERRASS, Technikregulierung, S. 75; CATHOMEN/PUCHTA, passim.

⁷³ Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, BBI 2007 1228, 1251; Botschaft FIFG, BBI 2011 8847, 8868. Siehe z.B. auch HUBER, S. 27 ff.

⁷⁴ Als Beispiel für den Wandel können die Argumentationen der Tierversuchsgesuchsteller in BGE 135 II 405 dienen.

⁷⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 FIFG. Auch wenn Art. 9 Abs. 4 i.f. E-FIFG nicht in den Art. 9 FIFG übernommen wurde, bleibt mit Art. 9 Abs. 2 FIFG der wirtschaftliche Aspekt immer noch im Raum.

⁷⁶ AS 2010 651. Siehe dazu Botschaft Innovationsförderung, BBI 2009 469. Zu den Vorläufern siehe z.B. Botschaft Innosuisse, BBI 2015 9493.

⁷⁷ Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, SR 420.2).

⁷⁸ Dazu Botschaft Innosuisse, BBI 2015 9493 f.

⁷⁹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 28 N 113.

⁸⁰ Vgl. Art. 2 lit. b FIFG.

⁸¹ Vgl. Botschaft FIFG, BBI 2011 8845, 8848; KÖNIG, S. 130, 131 f., 134.

⁸² Vgl. Botschaft FIFG, BBI 2011 8843, 8847. «Funktionelle Gleichbehandlung» (Botschaft FIFG, BBI 1011 8851); Botschaft Innosuisse, BBI 2015 9495.

⁸³ Vgl. z.B. Botschaft FIFG, BBI 2011 8868.

stützt der Bund Massnahmen zugunsten wissenschaftsbasierter Unternehmen sowie den Wissens- und Technologietransfer u.a. zwischen Hochschule und Wirtschaft (Art. 18 Abs. 2 FIFG). Zwingende Voraussetzung zur Beitragsgewährung bildet eine Kooperation zwischen privaten und öffentlichen Partnern (Art. 19 Abs. 2 FIFG). In das wirtschaftspolitische Konzept passt sodann auch die in Art. 27 FIFG für Hochschulforschungsstätten unter bestimmten Bedingungen vorgesehene Verwertungsstrategie, worunter u.a. auch die bereits erwähnte Übertragung von Immaterialgüterrechten fällt.⁸⁴ Schliesslich hat eine Verschiebung der Zuständigkeit des EDI ins WBF stattgefunden.⁸⁵ Insofern findet auch *verwaltungsorganisatorisch* eine Verlagerung statt.

C. Probleme

Die Beziehung zwischen Wissenschaft und Demokratie ist vielfältig. Sie nachzuzeichnen, ist hier nicht der Ort.⁸⁶ Wie bereits ausgeführt soll nun Forschung der Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit und des Wachstums, insofern der gemeinsamen Wohlfahrt, dienen.⁸⁷ Während Grundlagenforschung noch für autonome Bestimmung der Forschungsziele durch die Wissenschaft selbst steht, setzt bei der angewandten Forschung die Wirtschaft oder die Politik die Ziele.⁸⁸ Die gemeinsame Wohlfahrt wird in Art. 2 BV als Staatsziel der Eidgenossenschaft genannt. Darunter wird ein Bekenntnis zur Sozialstaatlichkeit verstanden.⁸⁹ Angesprochen ist aber auch die Förderung des wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und zivilisatorischen Fortschritts.⁹⁰ Art. 94 BV nimmt dieses Ziel auf, nicht aber Art. 64 BV.

Die obgenannten Begriffe sind normative Begriffe und deshalb vom Verfassungs-, allenfalls vom Gesetzgeber auszufüllen. Art. 64 BV und auch das FIFG nennen keine Kriterien, wann ein Forschungsprojekt die Wettbewerbsfähigkeit und das Wachstum erhöht und damit der gemeinsamen Wohlfahrt dient. Allenfalls lässt sich aus anderen Verfassungsnormen oder Gesetzesbestimmungen eruieren, ob Forschung in diesem Bereich die Wettbewerbsfähigkeit und das Wachstum erhöht und damit der gemeinsamen Wohlfahrt dient. In aller Regel dürfte dies nicht aus dem Text einer Vorschrift ersichtlich sein, son-

⁸⁴ Siehe oben im Text bei Fn. 64.

⁸⁵ Vgl. auch SCHOTT, SG-Kommentar, N 22 zu Art. 64.

⁸⁶ Vgl. z.B. HAGNER, S. 21 ff.

⁸⁷ Dass kommerzielle Forschung gegenüber nicht kommerzieller Forschung von grösserem Nutzen für die Gesellschaft ist, ist nicht ausgemacht (vgl. HAGNER, S. 12; WILHOLT, S. 328 ff.; siehe auch HUBER, S. 68 f).

⁸⁸ Vgl. Art. 32 Abs. 2 FIFG (dazu Botschaft FIFG, BBl 2011 8857, 8900; SCHOTT, SG-Kommentar, N 28 zu Art. 64). Siehe auch WEINGART, Stunde, S. 192; HUBER, S. 50 («Geld' tritt an die Stelle von ‚Wahrheit'»), S. 76.

⁸⁹ Dazu etwa EHRENZELLER, SG-Komm., N 19 zu Art. 2.

⁹⁰ Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, N 9 zu Art. 2.

dem viel eher aus den bundesrätlichen oder parlamentarischen Materialien (historisches Auslegungselement). Beispiele sind die Gen- oder die Nanotechnologie, die als Schlüsseltechnologien bezeichnet werden.⁹¹ Zusätzlich sind heute auch die Systembiologie⁹², die Epigenetik oder das Gene-Editing⁹³ als Schlüsseltechnologien anerkannt. Forschungsgesuche aus solchen Technologien sind forschungswürdiger und haben damit eine bessere Ausgangslage als solche aus anderen Bereichen. Lassen sich aber keine rechtlichen Kriterien finden, wann ein Forschungsprojekt die Wettbewerbsfähigkeit und das Wachstum erhöht und damit der gemeinsamen Wohlfahrt dient, lässt sich nicht festmachen, ob dies eine Forschung erfüllt. Die Verwaltung entscheidet deshalb in diesen Fällen ohne gesetzliche Grundlage und insofern willkürlich. Auch Forschungsförderung hat sich an die rechtsstaatlichen Grundsätzen von Art. 5 BV zu halten.

Trotz der Einordnung als Schlüsseltechnologie hat der Verfassungsgeber am 27. November 2005 mit Art. 197 Ziff. 7 BV ein fünfjähriges Moratorium für den Umgang von gentechnisch veränderten Organismus in der Landwirtschaft erlassen,⁹⁴ welches in der Folge in Art. 37a GTG⁹⁵ weitergeführt wurde und wird. Aus demokratierechtlicher Sicht erscheint es problematisch zu sein, wenn der Bundesrat zusammen mit dem SNF ein nationales Forschungsprogramm (Art. 10 Abs. 2 lit. c FIG) lanciert,⁹⁶ um beweisen zu können, dass der Verfassungsgeber in der Sache irrt. Dies zeigte sich gerade in der Zusammensetzung der Leitungsgruppe des NFP 59 und vor allem im Titel des NFP 59 «Nutzen und Risiken der Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen».⁹⁷ Angesichts des «liberalen Verteilungsprinzips»⁹⁸ ist der *Nutzen* einer Technologie für den liberalen Verfassungsstaat kein Thema, sondern nur die Risiken für Mensch und Umwelt.⁹⁹ Will er nun die Chancen, weil diese der Wirtschaftspolitik und der Mehrheit der

⁹¹ ERRASS, Technikregulierung, S. 64 m.H. Der Bundesrat führt u.a. in der Botschaft Innosuisse (BBl 2015 9495) aus, dass die Schweizer Forschungsförderung nach dem bottom-up-Ansatz funktioniert. Anders sei die Situation in der EU, wo Schlüsseltechnologien identifiziert werden und die Forschungsförderung dementsprechend ausgerichtet werde. Da der Bundesrat in themenspezifischen Botschaften das «Wording» der EU übernimmt, NFPs in diesen Bereichen lanciert und die jeweilige forschungs- und innovationspolitische Planung nach Art. 43 ff. FIG in dieselbe Richtung weisen, bleibt wohl nur eine kleine Differenz übrig. Gerade mit dem NFP 59 hat er einen top down Ansatz *durchgesetzt* (in Bezug auf die Biotechnologie wohl auch für Deutschland HUBER, S. 43).

⁹² Vgl. Botschaft Forschungsförderung 2008-2011, BBl 2007 1352 ff.; Botschaft FIG, BBl 2011 8862 f.

⁹³ Siehe die Formulierung von VETTER/VOLLENBERG, S. 347, und den Titel von CATHOMEN/PUCHTA.

⁹⁴ Vgl. BBl 2006 1061 ff. (Erwahrungsbeschluss).

⁹⁵ Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, SR 814.91).

⁹⁶ Wohl auch SALADIN, S. 178.

⁹⁷ Leitungsgruppe NFP 59.

⁹⁸ HANGARTNER, SG-Komm. 2. Aufl., Art. 5 N 6; HUBER, S. 60.

⁹⁹ So z.B. auch HUFEN, § 34 N 13.

scientific community in diesem Bereich wirtschaftlich erfolgsversprechend erscheinen, ebenfalls regeln, verabschiedet er sich vom liberalen Verfassungsstaat und nähert sich einem Planungsstaat. Wäre die Auflösung der Frage, ob sich der Verfassungsgeber geirrt hat, nicht vielmehr die Aufgabe der Biotechnologiewissenschaft und allenfalls -wirtschaft?

Problematisch ist sodann besonders die Situation, wo der Bundesstaat noch überhaupt keine Kompetenzgrundlage in der Sache verfügt. Denn mit der staatlichen Förderung von Forschung, deren Ziele durch die Wirtschaft vorgegeben werden, steuert der Bund Forschung¹⁰⁰ in eine wirtschaftlich einträgliche Richtung und schafft somit Präzedenzfälle in der Sache selbst, ohne dass ihm diesbezüglich eine Kompetenz zukäme. Insofern verhindert er dadurch einen «herrschaftsfreien» Diskurs, denn durch die Präzedenzfälle hat der Bundesstaat gegenüber dem Verfassungsgeber eine *faktisch Macht aufgebaut*. Die Sache wird quasi der demokratischen Diskussion entzogen.¹⁰¹ Es ist zwar immer so, dass das Recht bzw. der Staat mit der wissenschaftlichen Entwicklung nicht Schritt halten kann und die Wissenschaft einen Vorteil in der gesellschaftlichen Diskussion aufweist. Doch mit der Wissenschaftsförderung macht sich die Wissenschaft den Staat bzw. der Staat die Wissenschaft zum Verbündeten,¹⁰² weshalb in einer späteren demokratischen Diskussion die «Gewichte» anders verteilt sind. Insofern unterläuft die heutige Wissenschaftsförderung grundsätzlich die Funktion, welche der Wissenschaftsfreiheit für den demokratischen Verfassungsstaat zukommt, wonach die Möglichkeit der wissenschaftlichen Argumentation im demokratischen Prozess die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass *richtige und sachgerechte Lösungen* gefunden werden.¹⁰³ Zwei Missverständnissen ist vorzubeugen: *Erstens* ist darauf hinzuweisen, dass nicht die Forschung als solche aus demokratischen Gründen problematisch ist. Problematisch ist vielmehr, dass der Staat zugunsten von verwertbarem Wissen die Forschung in Technologiefeldern forciert bzw.

¹⁰⁰ Siehe Botschaft FIFG, BBl 2011 8877.

¹⁰¹ So wohl auch HIRSCHI, S. 303. Das Beispiel ist der Erlass des StFG (Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die Forschung an embryonalen Stammzellen [Stammzellenforschungsgesetz], SR 810.31): Am 28. September 2001 entschied der SNF, ein Forschungsprojekt mit menschlichen embryonalen Stammzellen, die aus dem Ausland importiert wurden, mit einem Förderbeitrag zu unterstützen. Zwei Monate später, am 21. November 2001, beschloss der Bundesrat, die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen in einem eigenen Bundesgesetz zu regeln. Am 22. Mai 2002 wurde die Vernehmlassung eröffnet. Am 20. November 2002 wurde die Botschaft und am 19. Dezember 2003 das StFG verabschiedet. Innerhalb von zwei Jahren, ausgelöst durch einen positiven Entscheid des SNF, wurde ein hochkomplexes Geschäft ohne gesellschaftliche Diskussion «durchgepeitscht» (vgl. Botschaft vom 20. November 2002 zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen [Embryonenforschungsgesetz, EFG], BBl 2003 1163).

¹⁰² Dazu HUBER, S. 39 ff., 52 ff.

¹⁰³ SCHWANDER, S. 74; siehe auch WEINGART/CARRIER/KROHN, S. 84.

lenkt,¹⁰⁴ ohne in der Sache selbst eine Kompetenz zu haben. Die von Privaten betriebene Forschung, auch in bisher nicht regulierten Bereichen, ist nach dem bereits genannten liberalen Verteilungsprinzip grundsätzlich zulässig. *Zweitens*: Staat und Wissenschaft waren und sind – vor allem in der heutigen Zeit – aufeinander angewiesen.¹⁰⁵ Allerdings ist das Verhältnis zwischen beiden ein dornenreiches. Beiden gerecht zu werden, stellt eine Gratwanderung dar. Trotzdem hat der Staat zu gewährleisten, dass den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge getan wird.

Angesichts dieser Ausgangslage und auch des Umstands, dass primär nur so genannte MINT-Disziplinen¹⁰⁶ gefördert werden,¹⁰⁷ stellt sich auch die Frage, ob der Staat nicht Art. 94 Abs. 1 BV verletzt. Eine Diskussion muss hier leider unterbleiben.

Mit der Umwertung der Forschungsförderung ändern sich auch die Forschenden: Mit der Förderung der kommerziell verwertbaren Forschung müssen sie zu Verkäufern («Produktmarketing») mutieren,¹⁰⁸ weshalb sie ihre zu erwartenden Forschungsergebnisse in Superlativen hervorheben¹⁰⁹ oder das angestrebte, aber noch in weiter Ferne liegende Ziel als sicheren Nutzen anbieten¹¹⁰. Dies führt dazu, dass das Vertrauen in das Expertenwissen erodiert.¹¹¹ ROBERT MERTON hat bereits 1938 argumentiert, dass die Kommerzialisierung der Forschung in einer demokratischen Gesellschaft antiwissenschaftliche Einstellungen befördere.¹¹²

III. Forschungsförderung und Forschungsförderungsinstitutionen

A. Vorbemerkung

Die staatliche Forschungsförderung wird von zwei Forschungsförderungsinstitutionen betrieben: vom SNF und vom Verbund der schweizerischen Akademien. Diese setzt sich zusammen aus der Akademie der Naturwissenschaften Schweiz (SCNAT), der Schweize-

¹⁰⁴ So auch HUBER, S. 43.

¹⁰⁵ Dazu etwa HUBER, S. 35 f., und (zur Vergangenheit) durchgehend.

¹⁰⁶ Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften und Technik.

¹⁰⁷ Dazu HAGNER, S. 36; ZÜRCHER, Nutzen; ZÜRCHER, Replik.

¹⁰⁸ HAGNER, S. 17; HUBER, S. 49.

¹⁰⁹ Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, N 9 zu Art. 64.

¹¹⁰ Vgl. BGE 135 II 384, 400 f. E. 4.4.3.

¹¹¹ Vgl. HOFFMANN-RIEM, S. 306; LEUSCHNER, passim; HIRSCHI, S. 326 f.

¹¹² Vgl. Robert MERTON, *Science and the Social Order*, in: *Philosophy of Science* 1938, S. 321 ff., 330 f., zitiert nach HAGNER, S. 12 mit Fn. 2.

rischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW), der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und der Schweizerischen Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW). Die beiden Institutionen haben unterschiedliche Aufgaben. Gemeinsam ist ihnen, dass sie ihr Augenmerk darauf richten sollen, dass bei der von ihnen geförderten Forschung die Regeln der wissenschaftlichen Integrität und der guten wissenschaftlichen Praxis eingehalten werden (Art. 12 FIFG).¹¹³ In Art. 13 FIFG erfährt das Verfahren und der Rechtsschutz eine besondere Regelung. Dies soll nachfolgend am SNF dargestellt werden. Abschliessend soll noch ein kurzer Blick auf die Open Access Politik des SNF geworfen werden.

B. Das Verfahren beim SNF

Nach Art. 13 Abs. 1 FIFG regeln die Forschungsförderungsinstitutionen ihre Verfahren für Verfügungen über Beiträge. Diese müssen den Anforderungen nach den Art. 10 und 26-38 VwVG¹¹⁴ entsprechen. Für die Eröffnung von Verfügungen an Gesuchstellende im Ausland bei grenzüberschreitenden Förderungsverfahren ist Art. 11b VwVG anwendbar (Art. 13 Abs. 2 FIFG). Nach Art. 13 Abs. 3 FIFG können Gesuchstellende die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes rügen. Die Namen der Referentinnen und Referenten und der wissenschaftlichen Gutachterinnen und Gutachter dürfen nur mit deren Einverständnis der beschwerdeführenden Person bekannt gegeben werden (Art. 13 Abs. 4 FIFG). Im Übrigen richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 13 Abs. 5 FIFG).

Der SNF ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB mit Sitz in Bern. Er fördert nach Art. 1 seiner Statuten die wissenschaftliche Forschung in der Schweiz.¹¹⁵ Er ist als beliebene private juristische Person Verwaltungsträger.¹¹⁶ Es handelt sich i.S. von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG um eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die eine Bundesverwaltungsaufgabe des Bundes entsprechend Art. 5 VwVG in der Form der Verfügung erledigt.¹¹⁷ Der SNF unterliegt somit dem VwVG.¹¹⁸ Abweichungen davon bedürfen – entsprechend dem Grundsatz der Parallelität der Rechtssetzungsformen –

¹¹³ Zum Fehlverhalten in der Forschung und den Reaktionen des Rechts SCHMIDT-ASSMANN, *passim*.

¹¹⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

¹¹⁵ Dazu Stiftungsurkunde des SNF (http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/statuten_08_d.pdf [besucht am 14.4.2019]).

¹¹⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 13 *petit*; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 116 f.

¹¹⁷ So bereits SALADIN, S. 170 f.

¹¹⁸ SALADIN, S. 170 f., hat die damalige Lösung, welche der heutigen entspricht, als bundesrätlichen Kompromiss bezeichnet. Insofern überzeugte diese Lösung bereits damals nicht.

einer formell-gesetzlichen Grundlage. Schon deshalb ist eine Rechtssetzungsdelegation an den Verwaltungsträger unzulässig, die es diesem erlaubt, in wichtigen Bereichen vom VwVG abzuweichen. Kommt hinzu, dass das VwVG die Rechte und Pflichten von Personen im Bundesverwaltungsverfahren regelt. Dies sind nach Art. 164 BV wichtige rechtssetzende Bestimmungen, die in ein Bundesgesetz gehören. Abgesehen davon derogiert das FIG die Normen des VwVG nicht ausdrücklich; insofern liegt ein Normenkonflikt vor, der nach den anerkannten Regeln aufzulösen wäre. Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens könnte die Gesetz- und Verfassungsmässigkeit des Reglementes inzident überprüft werden.¹¹⁹ In jedem Fall darf davon ausgegangen werden, dass das FIG dem SNF nicht die Erlaubnis erteilt, mit dem Reglement von der Verfassung abzuweichen. Denn *nur* mit Art. 13 Abs. 4 FIG wird vom Gesetzgeber eine Verletzung der Verfassung in Kauf genommen. Allerdings sind das Reglement und die entsprechenden Ausführungen nicht überall gesetzmässig. So kann nach Art. 14 Abs. 2 lit. c des Reglements vom 27. Mai 2015 des SNF über die Gewährung von Beiträgen der Forschungsrat Vorschriften zur Einreichung von Unterlagen in englischer Sprache erlassen. Nach der Sprachenpolitik des SNF findet die wissenschaftliche Kommunikation mit den Forschenden sowie die Diskussionen zur Projektevaluation in der Regel auf Englisch statt, ausser in den Geistes- und Sozialwissenschaften.¹²⁰ Auch in einer Überschrift im Newsletter des SNF vom 10. Dezember 2014 war Ähnliches nachzulesen: «Projektgesuche in Politikwissenschaft sind neu in Englisch einzureichen». Danach müssen ab dem 1. April 2015 Forschende Projektgesuche in der Disziplin Politikwissenschaft zwingend in englischer Sprache verfassen und einreichen. Begründet wurde diese Pflicht damit, dass über 80 % der Gesuche in Politikwissenschaft bereits in den letzten Jahren in Englisch eingereicht worden seien. Englisch verfasste Gesuche könnten auch einfacher international begutachtet werden.¹²¹ Nach Art. 13 Abs. 1 FIG müssen die Vorschriften den Anforderungen nach den Art. 10 und 26-38 VwVG entsprechen. Nach Art. 33a Abs. 1 VwVG wird das Verfahren in einer der vier Amtssprachen geführt, in der Regel in der Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Die Verfahrenssprache bezieht sich nicht nur auf den Entscheid des SNF, wie dieser in seiner Sprachenpolitik suggiert, sondern auf das gesamte Verfahren mit der Gesuchseinreichung. Auch wenn es nachvollziehbar ist, dass in gewissen Disziplinen die «Lingua franca» das Englische ist, gilt «dura lex, sed lex». Es ist zudem ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers, dass er in der Landessprache mit den Behörden – nichts anderes ist der SNF – kommunizieren kann.

¹¹⁹ BGE 144 II 454, 460 f. E. 3.2. f.

¹²⁰ http://www.snf.ch/de/derSnf/forschungspolitische_positionen/sprachenpolitik/Seiten/default.aspx (besucht 14.4.2019).

¹²¹ <http://www.snf.ch/de/fokusForschung/newsroom/Seiten/news-141210-politikwissenschaft.aspx> (besucht am 19.4.2019).

Sodann ist die bereits angesprochene Regelung von Art. 13 Abs. 4 FIFG¹²² verfassungswidrig. Danach dürfen die Namen der Referentinnen und Referenten und der wissenschaftlichen Gutachterinnen und Gutachter nur mit deren Einverständnis der beschwerdeführenden Person bekannt gegeben werden.¹²³ Diese Regelung ist unvereinbar mit Art. 29 BV, da damit dem Gesuchsteller verwehrt wird, sein Recht auf richtige Zusammensetzung der Behörde und auch den Anspruch auf Ausstund befängener Personen überhaupt geltend zu machen.¹²⁴ Er steht auch im Widerspruch zu Art. 10 VwVG, den der SNF zu beachten hätte (Art. 13 Abs. 1 FIFG). Daneben wird der Anspruch auf «Waffengleichheit» tangiert.¹²⁵ Die Geheimhaltung entlastet den entscheidbefugten SNF gegenüber den Forschenden, ohne die anonym beratenden Gutachtenden mit Verantwortung zu belasten.¹²⁶ Entscheide zu fällen, bedeutet aber Verantwortung zu übernehmen, was der SNF mangels genügendem Sachverstand aber gar nicht selber kann.¹²⁷ Denn der Beizug von Experten rechtfertigt sich ja nur bei fehlendem Sachverstand. Insofern besteht die Gefahr, dass wissenschaftliche Forschung gefördert wird, welche im Mainstream bleibt,¹²⁸ oder die Verfahren durch direkte Konkurrenten verfälscht werden.¹²⁹ Ein System, in dem die involvierten Akteure mehrere Funktionen ausüben, ist – wie der Staat bereits früh selbst erkannt hatte – missbrauchsanfällig, vor allem dann, wenn der Leistungsdruck hoch und der Wettbewerb hart ist.¹³⁰ Peer Review ist ein Instrument der innerwissenschaftlichen Selbstregulierung und Machtstabilisierung – also ein Instrument des privatrechtlichen Bereichs.¹³¹ Forschungsförderung als staatliche Aufgabe hat indes rechtsstaatlichen Grundsätzen zu gehorchen.¹³²

¹²² HIRSCHI, S. 304 ff., zeigt auf, warum für die Politik ein solcher Artikel mindestens so wichtig ist, wie für die Wissenschaft.

¹²³ Nicht zu verwechseln ist diese Regelung mit dem möglichen Anspruch nach dem Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3). Siehe das Urteil 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015.

¹²⁴ Vgl. SCHINDLER, S. 126 ff.; siehe auch Urteil BVerwGer B-3923/2012 vom 21. Mai 2013 E. 2.5 und 3.

¹²⁵ Vgl. BGE 139 I 121 E. 4.2 S. 124 m.w.H.

¹²⁶ HIRSCHI, S. 300, 307, 315 f.

¹²⁷ Vgl. hierzu das Postulat von HIRSCHI, S. 325.

¹²⁸ Vgl. HIRSCHI, S. 314, 320; HUBER, S. 81; siehe auch MORSCH.

¹²⁹ Vgl. HIRSCHI, S. 301; HUBER, S. 81. Siehe auch den Kommentar von Christoph AUER zu Urteil 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015, in: ZBI 2017, S. 94 ff., 105.

¹³⁰ Vgl. HIRSCHI, S. 303.

¹³¹ Folge des Peer Review System sind die fehlenden Replikationsstudien und die fehlende Replikation. Man lese nur die zahlreichen Publikationen von John P. A. IOANNIDIS (<https://med.stanford.edu/profiles/john-ioannidis?tab=publications> [besucht 15.4.2019]) und das Interview mit ihm (Der Bund vom 8. April 2019, S. 27).

¹³² So z.B. auch KÖNIG, S. 138 f.

C. Der SNF und seine Open Access Politik

Rechtlich problematisch ist sodann auch die vom SNF vertretene Open Access Politik:¹³³ Danach seien mit öffentlichen Geldern finanzierte Forschungsergebnisse öffentliches Gut, weshalb der SNF die Forschenden *verpflichten* könne, die Resultate der von ihm geförderten Projekte in frei – d.h. digital und kostenlos – zugänglichen Publikationen oder Datenbanken zu veröffentlichen. Ab 2020 sollen 100 % der Resultate Open Access sein. Auch hier wird wieder der wirtschaftliche Aspekt zur Rechtfertigung bemüht.¹³⁴ Die Open Access Politik des SNF füge sich sodann in die nationale Strategie der Hochschulen der Schweiz ein.¹³⁵ Diese hätten beschlossen, dass alle mit öffentlichen Geldern finanzierten Publikationen ab 2024 frei zugänglich sein sollen. Open Access werde in der Schweiz und weltweit zum Standard.

Forschungsförderung hat – wie bereits erwähnt – die Forschungsfreiheit zu respektieren. Art. 6 Abs. 1 lit. a FIFG wiederholt dies ausdrücklich. Die Forschungsfreiheit ist Teil der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 20 BV. Mit der Forschungsfreiheit wird zum einen die Suche nach neuen Erkenntnissen, der sog. *Werkbereich* der Forschung, geschützt. Zum anderen wird auch die Freiheit wissenschaftlicher Kommunikationsbeziehungen als *Wirkbereich* der Forschung erfasst.¹³⁶ Gegenstand des Wirkbereichs ist u.a. das Recht zur Veröffentlichungen von Forschungsergebnissen, die sog. Publikationsfreiheit.¹³⁷ Davon geschützt ist der Entscheid, ob, wann und wie die Ergebnisse der Forschungstätigkeit an die Öffentlichkeit bzw. die Fachöffentlichkeit getragen werden sollen.¹³⁸

Mit seiner Open Access Politik greift der SNF in die Forschungsfreiheit der Forschenden ein, und zwar unabhängig davon, ob der SNF Forschung gefördert hat. Die Forschungsförderung stellt primär die bundesrechtliche Kompetenzgrundlage für die Umsetzung der objektiv-rechtlichen Schicht der Forschungsfreiheit dar.¹³⁹ Mit der Forschungsförderungskompetenz wird der Bundesstaat verpflichtet, die notwendigen Regelungen zur Verfügung zu stellen, damit gewisse Forschung überhaupt möglich ist. Allenfalls bildet sie auch die Kompetenzgrundlage des Bundes, um dessen grundrechtlichen Schutzpflichten nachzukommen, was hier aber nicht näher untersucht werden muss.¹⁴⁰ Bei unserer Fragestellung geht es demgegenüber um den *Abwehrenspruch* der Forschungsfreiheit in

¹³³ http://www.snf.ch/de/derSnf/forschungspolitische_positionen/open_access/Seiten/default.aspx (besucht 15.4.2019).

¹³⁴ Siehe dazu auch BÄUERLE, S. 4 ff.

¹³⁵ Ähnlich die Debatte in Deutschland (BÄUERLE, S. 4 ff.).

¹³⁶ THURNHERR, S. 30 f.; HUFEN, § 34 N 6.

¹³⁷ THURNHERR, S. 32; HERTIG, BSK BV, N 9 f. zu Art. 20.

¹³⁸ SCHWANDER, S. 115 f.; THURNHERR, S. 32; HERTIG, BSK BV, N 10 zu Art. 20; HUFEN, § 34 N 6, 9.

¹³⁹ So auch HERTIG, BSK BV, N 4 zu Art. 20.

¹⁴⁰ Siehe etwa die Hinweise bei HUBER, S. 62.

ihrem *Wirkbereich*.¹⁴¹ M.a.W. geht es um die Frage, inwiefern aus grundrechtlicher Sicht staatliche Eingriffe in die Publikationsfreiheit zulässig sind. Staatliche Eingriffe in Grundrechte sind nach Art. 36 BV zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse vorliegt sowie der Eingriff verhältnismässig ist. Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der gesetzlichen Grundlage.

Diese Situation weist Ähnlichkeiten mit der bereits oben erwähnten Kompetenz auf, die Gewährung von Bundesmitteln an die Bedingung zu knüpfen, dass die Immaterialgüterrechte an den mit diesen Mitteln erzielten Forschungsergebnissen der arbeitgebenden Institutionen übertragen werden. Dafür hat der Gesetzgeber mit Art. 27 FIFG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen, welche die verschiedenen Interessen berücksichtigt.¹⁴² Das Gleiche gilt auch beim Open Access. Entscheidend ist, dass die Eingriffsrechtfertigungen nach Art. 36 BV vorliegen, wobei m.E. die Publikationsfreiheit nicht,¹⁴³ der Entscheid über die Publikationsreife allerdings zum Kerngehalt der Wissenschaftsfreiheit gehört. Dass bei der Frage des Open Access diverse Auffassungen vertreten werden können, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass die Wissenschaftsfreiheit auf verschiedenen normativen Grundlagen basiert.¹⁴⁴

Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass mit der Open Access Politik auch die Wirtschaftsfreiheit der Forscher und der Verlage, allenfalls sogar die Wissenschaftsfreiheit¹⁴⁵ der Verlage tangiert wird.

Alles in allem bleibt deshalb festzuhalten, dass ein öffentliches Interesse für eine Open Access Politik ausgewiesen werden muss. Wenn dies möglich ist, muss es in eine gesetzliche Grundlage eingepasst werden.

Literaturverzeichnis

Literatur

AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003.

BÄUERLE Michael, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Gabriele Britz (Hrsg.), *Forschung in Freiheit und Risiko*, Tübingen 2012, S. 1 ff.

¹⁴¹ So auch THURNHERR, S. 32.

¹⁴² Vgl. Botschaft Forschungsförderung 2000-2003, BBl 1999 I 424.

¹⁴³ So aber offenbar gewisse Positionen in Deutschland (vgl. BÄUERLE, S. 12 f.).

¹⁴⁴ Dazu ÖZMEN, passim.

¹⁴⁵ So THURNHERR, S. 36.

- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eigenossenschaft, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BSK BV, hrsg. von Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, *Bundesverfassung*, Basel 2015.
- BÜRGI Michael, *Pharmaforschung im 20. Jahrhundert. Arbeit an der Grenze zwischen Hochschule und Industrie*, Zürich 2011.
- CATHOMEN Toni / PUCHTA Holger (Hrsg.), *CRISPR/Cas9 – Einschneidende Revolution in der Gentechnik*, Berlin 2018.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- Enzyklopädie Philosophie*, hrsg. von Hans-Jörg Sandkühler, 2. Aufl., Hamburg, 2010.
- Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, hrsg. von Jürgen Mittelstrass, Studienausgabe, Stuttgart/Weimar 2004.
- ERRASS Christoph, Forschung und Innovation, in: Tschudi/Schindler/Ruch/Jakob/Friesecke (Hrsg.), *Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 393 ff.
- ERRASS Christoph, Technikregulierung zur Gewährleistung von Sicherheit, *Sicherheit&Recht* 2016, S. 63 ff.
- ERRASS Christoph, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure. Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Basel 2017.
- FREI Alban, *Sichtbare Netzwerke. Forschungspolitik und Life-Sciences zwischen 1990 und 2016 in der Schweiz. Eine Fallstudie zu SystemsX.ch*, Zürich 2018.
- GUEX Sebastien, Öffentliche Finanzen und Finanzpolitik, in: Halbeisen/Müller/Veyrassat (Hrsg.), S. 1077 ff.
- GUGERLI David / TANNER Jakob, Wissen und Technologie, in: Halbeisen/Müller/Veyrassat (Hrsg.), S. 265 ff.
- HAGNER Michael, Wissenschaft und Demokratie oder: Wie demokratisch soll die Wissenschaft sein?, in: Hagner (Hrsg.), *Wissenschaft und Demokratie*, S. 9 ff.
- HAGNER Micheal (Hrsg.), *Wissenschaft und Demokratie*, Berlin 2012.
- HALBEISEN Patrick / STRAUMANN Tobias, Die Wirtschaftspolitik im internationalen Kontext, in: Halbeisen/Müller/Veyrassat (Hrsg.), S. 983 ff.
- HALBEISEN Patrick / MÜLLER Margrit / VEYRASSAT Béatrice (Hrsg.), *Wirtschaftsgeschichte der Schweiz im 20. Jahrhundert*, Basel 2012.
- HIRSCHI Caspar, *Skandalexperthen – Expertenskandale. Zur Geschichte eines Gegenwartsproblems*, Berlin 2018.
- HÖFFE Otfried, *Moral als Preis der Moderne*, Frankfurt a.M. 1993.
- HOFFMANN-RIEM Wolfgang, *Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016.
- HUBER Peter Michael, *Staat und Wissenschaft*, Paderborn et al. 2008.
- HUFEN Friedhelm, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 3. Aufl., München 2011.
- KÖNIG Beat, *Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung*, Zürich 2007.
- KREIBICH Rolf, *Die Wissenschaftsgesellschaft*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1986.

- LEIBNIZ Gottfried Wilhelm, Regeln zur Förderung der Wissenschaften, in: *Philosophische Schriften*, Band IV: *Schriften zur Logik und zur philosophischen Grundlegung von Mathematik und Naturwissenschaft*, Sonderausgabe, Darmstadt, 2013.
- LEITUNGSGRUPPE NFP 59 (Hrsg.), *Programmsynthese NFP 59 «Nutzen und Risiken der Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen»*, Zürich 2012.
- LEUSCHNER Anna, *Die Glaubwürdigkeit der Wissenschaft*, Bielefeld 2012.
- MAZZUCATO Mariana, *Das Kapital des Staates – Eine andere Geschichte von Innovation und Wachstum*, München 2014.
- MORSCH Oliver, Einsteins Problem mit dem Peer-Review-System, *NZZ*, 28.12.2005.
- ÖZMEN Elif, Die normativen Grundlagen der Wissenschaftsfreiheit, in: Friedemann Voigt (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft*, Berlin/Boston 2012, S. 111 ff.
- POSER Hans, *Leibniz' Philosophie – Über die Einheit von Metaphysik und Wissenschaft*, Hamburg 2016.
- RHINOW René / SCHMID Gerhard / BIAGGINI Giovanni / UHLMANN Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011.
- SALADIN Peter, Die verfassungsmässigen Befugnisse und Aufträge des Bundes im Hochschulbereich, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 165 ff.
- SCHINDLER Benjamin, *Die Befangenheit der Verwaltung: Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen*, Zürich 2002.
- SCHLACHTER Willy, Die Ingenieurausbildung in der Schweiz, in: Betschon/Betschon/Lindecker/Schlachter (Hrsg.), *Ingenieure bauen die Schweiz. Technikgeschichte aus erster Hand*, Bd. 2, 2. Aufl., 2013, S. 482 ff.
- SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, Fehlverhalten in der Forschung – Reaktionen des Rechts, *NVwZ* 1998, S. 1225 ff.
- SCHWANDER Verena, *Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit*, Bern/Stuttgart/Wien 2002.
- SCHWARZMANN René, *Der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung*, Zürich 1985.
- SG-Kommentar, hrsg. von Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Zürich/Basel/Genf, 2014.
- SG-Kommentar 2. Aufl., hrsg. von Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Zürich/Basel/Genf, 2008.
- THURNHERR Daniela, *Biosecurity und Publikationsfreiheit. Die Veröffentlichung heikler Forschungsdaten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit – eine grundrechtliche Analyse*, Beiträge zur Ethik und Biotechnologie 11 (Hrsg. EKAH und Ariane Willemsen), Bern 2014.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014.
- VEC Miloš, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, Frankfurt a. M. 2006.
- VETTER Sven / VOLLENBERG Charlotte, Tagungsbericht. Genome Editing/CRISPR als Herausforderung für das Life Sciences-Recht, *JZ* 2019, S. 347 ff.
- WEINGART Peter, *Die Stunde der Wahrheit? Zum Verhältnis der Wissenschaft zu Politik, Wirtschaft und Medien in der Wissensgesellschaft*, Weilerswist 2001.

WEINGART Peter / CARRIER Martin / KROHN Wolfgang, *Nachrichten aus der Wissensgesellschaft. Analysen zur Veränderung der Wissenschaft*, Weilerswist 2007.

WILHOLT Torsten, *Die Freiheit der Forschung – Begründungen und Begrenzungen*, Berlin 2012.

ZÜRCHER Markus, Der dreifache Nutzen der Geisteswissenschaften in einer technisch dominierten Welt, *NZZ*, 30.2.2018 (besucht am 19.4.2019).

ZÜRCHER Markus, Vom Nutzen der Geisteswissenschaften – eine Replik, *NZZ*, 28.3.2018 (besucht am 19.4.2019).

Materialien¹⁴⁶

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 26. Oktober 1951 betreffend Gewährung von Bundesbeiträgen an die Stiftung «Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung», BBl 1951 III 385 ff. (Botschaft SNF).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 4. März 1968 betreffend Übernahme der Polytechnischen Schule der Universität Lausanne durch den Bund, BBl 1968 I 699 (Botschaft EPFL).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 19. Januar 1972 über die neuen Bildungs- und den Forschungsartikel der Bundesverfassung (Art. 27, 27^{bis} und 27^{quater}), BBl 1972 I 375 ff. (Botschaft BV Forschungsartikel).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. März 1974 über die Förderung der wissenschaftlichen Forschung in den Jahren 1975-1979, insbesondere über die Neufestsetzung der Beiträge an den «Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung», BBl 1974 I 1099 (Botschaft Förderung 1975-1979).

Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff. (Botschaft BV).

Botschaft vom 25. November 1998 über die Förderung von Bildung, Forschung und Technologie in den Jahren 2000-2003, BBl 1999 I 297 (Botschaft Forschungsförderung 2000-2003).

Botschaft vom 24. Januar 2007 über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2008–2011, BBl 2007 1223 ff. (Botschaft Forschungsförderung 2008-2011).

Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Änderung des Forschungsgesetzes (Innovationsförderung), BBl 2009, 469 (Botschaft Innovationsförderung).

Botschaft vom 9. November 2011 zur Totalrevision des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes, BBl 2011 8827 (Botschaft FIFG).

Botschaft vom 25. November 2015 zum Innosuisse-Gesetz, BBl 2015 9487 (Botschaft Innosuisse).

Parlamentarische Initiative Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung. Bericht vom 23. Juni 2005 der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats, BBl 2005 5479 (PI Bildungsrahmenartikel).

¹⁴⁶ Die Systematisierung der Botschaften erfolgt nach Jahreszahl.

STEVE FAVEZ*

L'accueil collectif préscolaire

Sommaire

	Page
Introduction	214
I. La réalisation de l'intérêt de l'enfant	215
II. Le mandat législatif	218
III. Les instruments	218
A. La délégation de tâches publiques	218
B. L'usage du mécanisme décisionnel	219
1. L'autorisation	219
2. La reconnaissance	221
3. Le financement	222
4. La relation entre les réseaux et les parents	224
C. Les plans	225
D. Les contrats	226
1. Constitution du réseau	226
2. Le placement	227
IV. Le contentieux	227
A. Décisions et normes émanant d'autorités cantonales	228
1. Contrôle concret	228
2. Contrôle abstrait	228
3. La qualité pour agir	230
B. Les contrats	231
Conclusion	231
Bibliographie	232

* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, greffier au Tribunal cantonal du Canton de Vaud ; les opinions personnelles doivent être considérées comme étant propres à leur auteur. L'auteur remercie M. David Boulaz, Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, chargé d'enseignement à la HES-SO et à la HEG-ARC, responsable des affaires juridiques de la Ville d'Yverdon-les-Bains, ainsi que M^{me} Viviane David, doctorante en droit et greffière, pour leurs conseils avisés et leurs relectures.

Introduction

En qualité de premier doctorant du Professeur POLTIER, nous aurions pu écrire sur les mouvements de population dans la Commune de Mutruz¹, voire sur le mouvement des abeilles autour d'une ruche² – « *diable* » – ce serait du déjà vu... Nous aurions pu écrire sur les conditions de la retraite anticipée que nous avons – à répétées reprises – conseillée au Professeur POLTIER, nous sommes toutefois d'avis qu'il lui appartient de trouver lui-même un sens à ce nouvel élan que sera sa retraite... Nous aurions aussi pu suivre le va-et-vient d'un pseudo-résident principal dans une commune fiscalement attractive³, cela serait truculent, mais sans guère d'intérêt dès lors que le bénéficiaire des présents mélanges est assujéti à l'impôt dans une commune qui n'a guère d'intérêt en matière d'optimisation fiscale⁴... Enfin, les romans policiers chers au cœur du Professeur POLTIER ne s'écrivent pas dans les modestes quinze pages au plus mises à disposition par nos éminents éditeurs : « *Caramba encore raté !* »⁵

Pour le Professeur, ce sera donc « *l'accueil collectif préscolaire*. » Nous avons choisi d'examiner un sujet ciblé⁶ qui reprendra nombre de notions de droit administratif chères au cœur du Professeur POLTIER à la lumière d'une législation récente, même qualifiée de « *novatrice* »⁷ par la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (ci-après : la COFF) et qui refléterait donc l'action de l'État dans le mouvement de ce XXI^e siècle.

La loi sur l'accueil de jour des enfants du 20 juin 2006⁸ est construite autour de trois axes principaux : la coordination volontaire entre les différentes structures par

¹ TA-VD (Tribunal administratif du Canton de Vaud devenu la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal le 1^{er} janvier 2008 [CDAP-VD]) AC.1998.0150 du 26 août 1999 consid. 7b/bb, 127 hab. en 1992, 116 hab. en 1996.

² TA-VD AC.1992.0248 du 24 décembre 1993.

³ TA-VD FI.2001.0101 du 4 novembre 2002.

⁴ Comp. l'arrêté d'imposition de la commune de Lausanne pour les années 2015-2019 du 7 octobre 2014 (FAO du 5 décembre 2014) et les statistiques vaudoises (État de Vaud, Service cantonal de recherche et d'informations statistiques, Taux d'imposition de 1990 à 2018 pour les 309 communes du canton de Vaud).

⁵ HERGÉ, *L'oreille cassée*, p. 11.

⁶ Même si les thèmes sont proches et se regroupent parfois, on a volontairement mis de côté l'accueil parascolaire qui connaît d'autres structures et l'accueil familial de jour qui soulève d'autres questions.

⁷ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2017, p. 13 ; on verra plus loin ce qu'il en est...

⁸ LAJE ; BLV 211.22.

l'intermédiaire de réseaux régionaux, l'institution d'une Fondation pour l'accueil de jour des enfants (ci-après : la Fondation ou la FAJE) et un partenariat public-privé et canton-communes pour le financement et le développement des places⁹.

Une analyse plus technique montre l'importance de la collaboration administrative, de la décentralisation, de même que la collaboration entre les secteurs public et privé, ainsi que des mécanismes contractuels dans ce domaine. Il convient de centrer la présente contribution sur la question de l'accueil collectif préscolaire. Ce mode d'accueil fournit un *mélange* de règles et d'instruments juridiques d'ores et déjà bien assez touffu pour la modeste ambition de la présente contribution.

I. La réalisation de l'intérêt de l'enfant

Même si de multiples solutions de garde d'enfant ont vu le jour ces dernières années, le principe général de la garde par les parents et de leur autorité parentale demeure la première pierre du système et sa fondation, ancrée dans le Code civil¹⁰.

Lorsque l'on parle d'enfants dans un contexte juridique, il convient de rappeler les principes fondamentaux qui ressortent de l'ordre constitutionnel fédéral. Aux termes de l'art. 41 al. 1 let. g Cst.¹¹, les enfants et les jeunes sont encouragés à devenir des personnes indépendantes et socialement responsables et sont soutenus dans leur intégration sociale, culturelle et politique. Cette disposition confère à la Confédération et aux cantons un mandat, sous la forme d'objectifs à atteindre en matière de politique de familiale et de l'enfance, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée. De nature programmatique, cette norme constitutionnelle s'inscrit dans les buts sociaux énoncés à l'art. 41 Cst. qui ne confèrent pas de droit subjectif et sont dépourvus de caractère *self-executing*¹².

L'art. 41 al. 1 let. g Cst. est toutefois partiellement concrétisée par le droit fondamental garanti à l'art. 11 al. 1 Cst. qui prévoit que les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement ; point qui ne se limite évidemment pas à la liberté personnelle¹³. On citera encore les art. 13 al. 1

⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2008, p. 13.

¹⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), spéc. art. 296 ss et 301 à 306 CC ; HOYER, p. 209, va jusqu'à parler de « maxime du droit de garde des parents », ce qui en dit long...

¹¹ Constitution fédérale du 18 avril 1999 ; RS 101.

¹² ATF 141 I 1 consid. 5.5 p. 8 ; 129 I 12 consid. 4.4 p. 17 ; REUSSER/LÜSCHER, Art. 11 N. 21.

¹³ HOYER, p. 207 ; REUSSER/LÜSCHER, Art. 11 N. 23 ; TSCHENTSCHER, Art. 11 N 13-16 ; *contra*, MAHON, Art. 11 N 4.

Cst. et 8 CEDH¹⁴ qui garantissent le respect de la sphère familiale, ainsi que la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989¹⁵.

C'est aussi à la lumière ce cadre constitutionnel et conventionnel qu'il convient d'examiner l'encadrement de l'accueil de jour des enfants¹⁶. Selon la COFF, l'intégration des enfants dans une structure d'accueil collectif de jour va aussi dans ce sens, étant précisé que l'intérêt de l'enfant doit toujours prédominer¹⁷.

Au surplus, favoriser l'intégration sociale, culturelle dans une structure d'accueil collectif de jour d'un enfant dès ses premiers mois de vie, c'est aussi concrétiser l'égalité des chances entre d'une part une majorité des parents qui travaillent tous deux¹⁸ pour satisfaire de nécessaires besoins sociaux et personnels et pour des besoins économiques, et d'autre part une minorité de parents qui choisissent, voire, rarement, qui sont obligés de recourir à un autre mode de vie¹⁹. C'est aussi favoriser l'égalité des sexes et la conciliation de la vie familiale et professionnelle dans l'intérêt des enfants, des parents et de la collectivité dans son ensemble²⁰. Rappelons que pour le Tribunal fédéral, le postulat d'égalité des chances, ancré à l'art. 2 al. 3 Cst., permet à tous le moins (*mindestens*) d'en déduire que l'État, par ses actions, ne doit pas créer d'inégalité des chances et aggraver les inégalités existantes, étant rappelé que selon l'art. 2 al. 2 Cst., la Constitution fédérale fonde un État de droit doté d'un ordre économique social libéral et que la condition de base du développement individuel et économique de l'individu est la solidarité entre les différentes classes sociales, groupes d'âge, etc.²¹. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral rappelle aussi que la concrétisation de ses principes évolue avec les circonstances politiques, sociales et économiques²².

S'agissant de l'accueil collectif de jour, l'évolution de la politique fédérale montre que le *mindestens* est timidement dépassé dans le domaine. En application de l'art. 116

¹⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101.

¹⁵ CDE ; RS 0.107.

¹⁶ Selon le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, le législateur a non seulement pour tâche d'assurer une protection particulière à l'enfant, mais encore de lui permettre de bénéficier d'une formation initiale et continue, et de favoriser son intégration sociale, culturelle et politique (FF 1997 I 141).

¹⁷ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2008, pp. 9-10.

¹⁸ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, OFS 2017, pp. 32 ss.

¹⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, OFS 2017, p. 7.

²⁰ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2008, pp. 8-9.

²¹ ATF 133 I 206 consid. 7.4, p. 220.

²² *Id.* ; voir aussi ATF 140 II 157 consid. 7.2, p. 161 ; 136 V 395 consid. 7.7, p. 413 ; voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 841.

al. 1 Cst.²³, le Parlement fédéral a toutefois récemment prolongé le versement d'aides financières à l'accueil extrafamilial des enfants jusqu'au 31 janvier 2023 par l'adjonction d'un art. 9b à la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants du 4 octobre 2002²⁴. Il sied de relever qu'en décalage avec la réalité, le Conseil fédéral s'était opposé à cette prolongation dans son avis du 16 mai 2018 au motif que le domaine relèverait de la compétence des cantons²⁵. Cette position, que l'on doit qualifier d'un autre temps et qui cache manifestement les conceptions politiques des membres du collège, n'était toutefois pas soutenable dans la mesure où les propres études mandatées par le Conseil fédéral aboutissaient à la conclusion que le versement d'aides financières à l'accueil extrafamilial des enfants devait être prolongé²⁶. Il n'en demeure pas moins qu'en date du 23 mai 2019, le Conseil fédéral a – sans autre – persisté dans son incohérence allant jusqu'à justifier son refus d'entrer en matière sur le contre-projet indirect à l'initiative populaire pour un congé paternité contre l'avis de la COFF²⁷ par la « *priorité au développement d'une offre d'accueil extrafamilial et parascolaire* »²⁸, mesure qu'il avait justement refusée dans son précédent avis du 16 mai 2018.

En somme tout, les intérêts primordiaux de l'enfant, soit notamment d'acquérir des expériences qu'ils ne peuvent vivre dans leur famille et leur environnement quotidien, d'encourager leur processus d'éducation dès leur naissance ou de favoriser leur intégration, concordent avec les autres buts d'intérêts publics pertinents dont la COFF donne des exemples dans son dernier état des lieux : permettre aux familles – en particulier aux mères – de mieux concilier vie familiale et activité professionnelle, décharger les familles d'une partie de leurs tâches de prise en charge et de stimuler durablement leur capacité productive en faveur de la société, réduire les pressions pesant sur les familles et, ce faisant, de contribuer à la prévention en matière de santé, faire bénéficier l'économie du potentiel de travail que représentent les femmes afin de combler le manque de main-d'œuvre qualifiée présent et à venir²⁹.

²³ Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 22 février 2002, FF 2002, p. 3955.

²⁴ LAAcc ; RS 861 (cf. RO 2019 349) ; pour un cas d'application TAF B-3567/2016 du 7 septembre 2018 consid. 4.

²⁵ FF 2018, pp. 3479 ss, spéc. p. 3484.

²⁶ FF 2018, pp. 3459 ss.

²⁷ Cf. Prise de position de la COFF concernant le contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité élaboré par la CSSS-E du 16 novembre 2018.

²⁸ Avis du Conseil fédéral du 22 mai 2019 sur le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États du 15 avril 2019 portant sur l'initiative parlementaire 18.441 « Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité », à paraître in FF 2019.

²⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2008, p. 28.

II. Le mandat législatif

Aux termes de l'art. 63 al. 2 Cst-VD³⁰, en collaboration avec les partenaires privés, l'État et les communes organisent un accueil préscolaire et parascolaire des enfants. Par cette disposition, le constituant a conféré une tâche au Canton et aux communes, les partenaires privés (parents et entreprises) n'étant que dotés de la faculté de collaborer à l'organisation. Cette disposition est concrétisée par la LAJE qui prévoit à son art. 1 que la loi a pour buts de tendre, sur tout le territoire du canton, à une offre suffisante en places d'accueil, accessibles financièrement, permettant aux parents de concilier vie familiale et vie professionnelle (a), d'assurer la qualité de l'ensemble des milieux d'accueil de jour des enfants, préscolaire et parascolaire, familial et collectif (b), d'organiser le financement de l'accueil de jour des enfants (c) et d'instituer la Fondation pour l'accueil de jour des enfants, sous forme d'une fondation de droit public (d).

L'art. 3a LAJE donne mandat aux structures d'accueil collectif de mener une mission éducative dans le respect de la responsabilité première des parents, par le soutien du développement physique, affectif et social des enfants, dans un cadre favorisant un accueil de qualité et selon un projet pédagogique adaptés à leur âge et à leurs besoins (a) et une mission sociale et préventive, en favorisant l'égalité des chances et l'intégration sociale des enfants (b). Dite disposition reprend les buts de l'art. 41 al. 1 let. g Cst. et l'esprit des droits fondamentaux et du droit conventionnel.

III. Les instruments

S'il n'était pas dans les habitudes du Professeur POLTIER de s'égarer dans les méandres du droit constitutionnel, la partie qui suit lui sera plus familière quant à son contenu et à sa forme.

A. La délégation de tâches publiques

À l'instar des législations récentes, le cadre de l'accueil de jour repose pour partie sur une administration décentralisée qui échappe au cadre classique de la structure administrative, départementalisée et/ou communalisée.

³⁰ Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 ; BLV 101.01.

La structure cantonale de référence est constituée par la Fondation, entité de droit public, dont le but est d'utilité publique, dotée de la personnalité morale et placée sous la surveillance de l'État (art. 33 LAJE) et dont les missions sont prévues par l'art. 41 LAJE.

Le législateur a délégué l'accueil des enfants à des réseaux, soit aux termes de l'art. 2 LAJE, à toute structure, reconnue par la Fondation, regroupant des collectivités publiques, des partenaires privés, des structures d'accueil collectif préscolaire, des structures d'accueil parascolaire primaire et des structures de coordination d'accueil familial de jour s'occupant de l'accueil de jour.

B. L'usage du mécanisme décisionnel

1. L'autorisation

Nul besoin ici de revenir sur la notion de décision bien connue de tous les praticiens³¹. S'agissant du domaine qui nous concerne en particulier, le mécanisme décisionnel tire sa source du droit privé fédéral³². Selon l'art. 1 al. 1 OPE³³, le placement d'enfants hors du foyer familial est soumis à autorisation et à surveillance. Ce principe est repris en droit cantonal : aux termes des art. 5 et 9 al. 1 LAJE, l'accueil collectif préscolaire est soumis au régime d'autorisation et de surveillance défini par le règlement et la loi. Le retrait de l'autorisation, conçu comme un *ultima ratio*, est réglé par l'art. 20 OPE qui prévoit la possibilité de prendre des mesures propres à rétablir la situation avant d'ordonner la fermeture d'une structure³⁴.

L'autorisation est délivrée par le Département en charge de l'accueil de jour des enfants (ci-après : le Département), autorité compétente pour autoriser et surveiller l'accueil collectif préscolaire³⁵. Celui-ci agit par l'intermédiaire de l'Office en charge de l'accueil de jour des enfants (ci-après : l'Office)³⁶, autorité cantonale chargée de l'application du règlement³⁷.

L'art. 10 al. 1 LAJE subordonne notamment l'autorisation au respect des « normes » adoptées conformément aux articles 7 et 7a LAJE, dispositions entrées en vigueur le

³¹ Cf. art. 5 PA (loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 ; 172.021) ; art. 3 LPA-VD (loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 ; BLV 173.36) ; ATF 135 II 38 consid. 4.3, p. 44 s. ; pour plus de détail, cf. MOOR/POLTIER, pp. 245 s. et 179 s.

³² Art. 316 al. 2 CC.

³³ Ordonnance sur le placement d'enfants du 19 octobre 1977 ; RS 211.222.338.

³⁴ TF 5A_492/2018 du 31 juillet 2018 consid. 5.2.

³⁵ Art. 6 al. 1 LAJE.

³⁶ Art. 6 al. 2 LAJE.

³⁷ Art. 6 al. 3 LAJE.

1^{er} janvier 2018 et palliant l'absence de base légale prévalant dans la version précédente de la LAJE³⁸.

Suivant l'art. 7 LAJE, après consultation des milieux concernés, l'Office fixe les référentiels de compétences pour l'accueil collectif préscolaire et parascolaire primaire ainsi que pour l'accueil familial de jour, soit la « directive » relative aux titres et qualifications demandés aux personnes travaillant dans le cadre de l'accueil de jour des enfants³⁹.

L'art. 7a al. 1 LAJE prévoit quant à lui que pour l'accueil collectif préscolaire de jour, l'Office fixe des cadres de référence, après consultation des milieux concernés, soit la « directive » concernant notamment les taux d'encadrement des enfants, les infrastructures et le projet pédagogique. Ces dispositions sont mises en œuvre par les Directives pour l'accueil collectif de jour des enfants, accueil collectif de jour préscolaire à la journée, cadre de référence et référentiels de compétences du 1^{er} août 2019⁴⁰.

Pour sa part, l'art. 10 al. 2 LAJE prévoit que la procédure est réglée par le règlement⁴¹. Il s'agit essentiellement de vérifier si les conditions d'accueil sont réunies sous l'angle de l'administration de police (prise en charge, équipement, sécurité, sanitaire, etc.).

Nous nous étonnons que des points aussi importants que la formation exigée pour le personnel, le taux d'encadrement, mais aussi le volume par enfant⁴² soient réglés par « directive », lorsque les effectifs par classe scolaire sont réglés par l'ordonnance⁴³ et la formation des enseignants de l'école obligatoire par la loi elle-même⁴⁴. Nous sommes également surpris que les dérogations soient fixées par directive et sans base légale⁴⁵ alors que suivant le principe de la légalité ancré à l'art. 5 Cst., toute dérogation exige une base légale formelle⁴⁶. C'est au demeurant le cas en matière scolaire où la loi prévoit diverses dérogations en matière de projets pédagogiques, d'âge d'admission,

³⁸ CDAP-VD GE.2016.0124 du 28 septembre 2017 consid. 5.

³⁹ Art. 2 LAJE.

⁴⁰ Publiée sur Internet à l'adresse <https://www.vd.ch/toutes-les-actualites/news/un-nouveau-cadre-reglementaire-pour-accompagner-le-developpement-de-la-politique-daccueil-de-jour-d/> (page consultée le 31 mai 2019).

⁴¹ En particulier les art. 7 ss RLAJE (Règlement d'application de la loi du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants du 3 avril 2019 ; BLV 211.22.1).

⁴² Cf. Directives précitées.

⁴³ Art. 61 RLEO (règlement d'application de la loi sur l'enseignement obligatoire du 2 juillet 2012 ; BLV 400.02.1).

⁴⁴ Art. 67 al. 1 LEO (loi sur l'enseignement obligatoire du 7 juin 2011 ; BLV 400.02).

⁴⁵ L'OAJE a par exemple octroyé des dérogations pour le nombre d'enfants autorisés à la suite de la fermeture d'une garderie pour cause de travaux urgents à la suite d'un effondrement à Vevey, cf. 24heures des 27 février et 1^{er} mars 2019.

⁴⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 48, pp. 428-429 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 2666, p. 601 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, pp. 639-640.

d'individualisation du parcours scolaire, d'aire de recrutement, d'horaires ou encore de sport/art-études⁴⁷. En réalité, les directives en question ne constituent pas des ordonnances administratives⁴⁸, mais des actes normatifs qui créent des règles juridiquement nouvelles, qui déploient des effets externes, notamment sur les enfants et le personnel, et qui touchent directement la position juridique des administrés notamment en matière de qualité de la prise en charge, de protection particulière de l'enfant et de conditions de travail du personnel. Elles relèvent ainsi clairement de la définition de l'acte normatif⁴⁹ et en aucune manière de celle de la directive telle que communément admise⁵⁰.

2. La reconnaissance

Aux termes de l'art. 31 LAJE, pour être reconnu par la Fondation et percevoir des subventions de celle-ci⁵¹, un réseau d'accueil de jour doit remplir des conditions minimales prévues à l'art. 31 al. 1 LAJE. Ces conditions se rapportent à l'offre elle-même⁵², à la planification de l'offre en places d'accueil⁵³, aux informations à fournir aux diverses autorités⁵⁴, au financement et à la politique tarifaire⁵⁵, ainsi qu'à la formation des assistants socio-éducatifs⁵⁶. La participation d'une collectivité publique au réseau⁵⁷ constitue une condition complémentaire en sus de celle de l'art. 31 al. 1 LAJE et garantit la pérennité du réseau.

La procédure de reconnaissance est également réglée par une Directive sur la reconnaissance ces réseaux d'accueil de jour dans sa dernière version du 28 février 2018 qui ne saurait toutefois octroyer de compétence propre à la FAJE pour fixer les conditions auxquelles est soumise la reconnaissance des réseaux d'accueil de jour⁵⁸.

⁴⁷ Art. 17, 57 al. 2, 59 al. 3 et 64 LEO.

⁴⁸ Sur les différentes catégories d'ordonnances administratives, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, pp. 422-425 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 12, p. 391 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 81 ss, pp. 19-20.

⁴⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, pp. 654 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 11, pp. 390-391 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 390 ss, pp. 93 ss.

⁵⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, pp. 422-425 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 6-11, pp. 101-102 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 81, p. 19.

⁵¹ Art. 32 LAJE.

⁵² Art. 31 al. 1 let. a, f et h LAJE.

⁵³ Art. 31 al. 1 let. b LAJE.

⁵⁴ Art. 31 al. 1 let. c et d LAJE.

⁵⁵ Art. 31 al. 1 let. e et g LAJE.

⁵⁶ Art. 31 al. 1 let. e et i LAJE.

⁵⁷ Art. 27 al. 2 LAJE. La réserve de cette disposition ne se justifierait que pour d'autres collectivités ou entreprises publiques pérennes (Canton, Université, Hôpitaux, etc.).

⁵⁸ CDAP-VD GE.2016.0124 du 28 septembre 2017 consid. 5.

3. Le financement

Le financement de l'accueil préscolaire des enfants repose essentiellement sur un système de subvention.

Par subvention, le Professeur POLTIER, entend, en règle générale, une aide financière⁵⁹. Dans notre cas, il s'agit ici d'assurer le financement des réseaux et de leurs prestations dans le cadre de la réalisation de l'intérêt public, ce qui coïncide avec la réalisation de la tâche publique⁶⁰. Ce mode de financement trouve sa source dans le droit public conformément au principe de la légalité⁶¹. S'agissant de l'octroi, en matière de subvention, le mécanisme décisionnel cohabite avec le mécanisme contractuel⁶².

En matière de financement fédéral et aux termes de l'art. 7 LAAcc, l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'OFAS) statue par voie de décision sur les demandes déposées par les structures d'accueil collectif de jour, les structures d'accueil parascolaire et les structures coordonnant l'accueil familial de jour ; il consulte au préalable l'autorité cantonale compétente (al. 1). L'OFAS alloue les aides financières aux projets à caractère novateur sur la base de contrats de prestations. Pour les projets gérés par une personne physique, une commune ou une autre personne morale, il consulte au préalable l'autorité cantonale compétente (al. 2). L'OFAS statue par voie de décision sur les demandes d'aides financières à l'augmentation des subventions à l'accueil extrafamilial pour enfants et aux projets visant une meilleure adéquation de l'offre d'accueil extrafamilial aux besoins des parents (al. 3). C'est l'ordonnance qui règle les conditions de l'attribution des subventions fédérales aux organismes responsables des structures d'accueil collectif de jour⁶³. On relève qu'il n'y a pas de droit à ces aides financières⁶⁴.

En matière cantonale, le cadre législatif découlant de la LAJE postule le subventionnement des structures d'accueil par l'intermédiaire des réseaux et de la Fondation. Les personnes confiant leur enfant à une structure ne sont ainsi pas directement subventionnées⁶⁵. Aux termes de l'art. 44 LAJE, les ressources de la Fondation proviennent d'une

⁵⁹ POLTIER, n. 61 p. 383.

⁶⁰ POLTIER, n. 68 p. 387.

⁶¹ POLTIER, n. 77, p. 389.

⁶² Cf. art. 16 LSu (loi sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 ; RS 616.1) ; art. 13 LSubv (Loi sur les subventions du 22 février 2005 ; BLV 610.15).

⁶³ Ordonnance sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants du 25 avril 2018 (OAAcc ; RS 861.1).

⁶⁴ Initiative parlementaire, Incitation financière pour la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial : rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 22 février 2002, FF 2002 3925, p. 3947 ; TAF B-3091/2016 du 8 février 2018 consid. 3 ; B-3544/2015 du 9 décembre 2016 consid. 4 et C-591/2010 du 23 mai 2012 consid. 6.

⁶⁵ EMPL 286 (février 2016), p. 8.

contribution annuelle de l'État⁶⁶, d'une contribution annuelle des communes⁶⁷, des contributions au fond de surcompensation⁶⁸, perçues auprès des employeurs et des dons, legs et autres contributions et, le cas échéant, de subventions fédérales⁶⁹. Le législateur a exclu le recours à l'emprunt pour couvrir les subventions octroyées par la Fondation⁷⁰.

Le mécanisme décisionnel intervient également dans le mode de financement de la Fondation, le Département fixant par décision la contribution ordinaire de l'État sur la base des informations recueillies auprès des réseaux par la FAJE⁷¹. Si la participation des communes est arrêtée à cinq francs par habitant⁷² et qu'elles participent également en qualité d'employeur au financement de leurs propres structures⁷³, la participation des employeurs assujettis à la loi du 23 septembre 2008 d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille⁷⁴ fait l'objet d'une contribution au fonds de surcompensation de la Fondation.

C'est ensuite la Fondation qui fixe le montant des subventions allouées aux réseaux reconnus par elle⁷⁵. Le mécanisme décisionnel est également utilisé⁷⁶. La Fondation ne subventionne l'accueil de jour que par l'intermédiaire des réseaux d'accueil de jour qu'elle aura reconnus. Seules les structures à but non lucratif membres d'un réseau peuvent bénéficier des subventions de la Fondation⁷⁷. La subvention versée par la Fondation au réseau tient notamment compte des charges salariales du personnel éducatif des structures d'accueil collectif, des salaires des coordinatrices et du personnel des structures de coordination de l'accueil familial de jour, de l'offre en places d'accueil, du plan de déve-

⁶⁶ Art. 44 let a LAJE.

⁶⁷ Art. 44 let. b LAJE.

⁶⁸ Art. 44 let. c LAJE.

⁶⁹ Art. 44 let. d LAJE.

⁷⁰ Art. 49 LAJE.

⁷¹ Art. 45a al. 2 et 45 LAJE. La contribution annuelle représente 25 % de la masse salariale du personnel éducatif des structures d'accueil collectif et des coordinatrices de l'accueil familial de jour rattachées à un réseau d'accueil de jour reconnu (art. 45 al. 1 LAJE) et comprend sa contribution ordinaire, sa contribution en sa qualité d'employeur et sa contribution pour l'aide au démarrage (art. 45 al. 2 LAJE).

⁷² Art. 46 al. 1 LAJE.

⁷³ Art. 46 al. 2 LAJE.

⁷⁴ Art. 4 ch. 1 et 2, art. 5 ch. 1 et art. 8 ch. 1 LVLAfam (loi d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur les prestations cantonales en faveur de la famille du 23 septembre 2008 ; BLV 836.01).

⁷⁵ Art. 32 al. 1 et 3 et 50 al. 1 LAJE.

⁷⁶ CDAP-VD GE.2011.0050 du 24 août 2011.

⁷⁷ Art. 50 al. 1 LAJE.

loppement des réseaux d'accueil de jour et d'une aide au démarrage des structures d'accueil collectif⁷⁸. Elle a pour but la couverture des frais.

La loi fixe un cadre à l'intérieur duquel les réseaux définissent leur politique tarifaire. Aux termes de l'art. 29 al. 1 LAJE, chaque réseau d'accueil de jour fixe sa propre politique tarifaire en fonction du revenu des personnes ayant l'obligation d'entretien directe ou indirecte de l'enfant accueilli, ceci sous réserve d'éventuels repas pris dans les restaurants scolaires⁷⁹. L'art. 29 al. 2 LAJE précise que l'accessibilité financière aux prestations d'accueil doit être garantie. En outre, conformément à l'art. 29 al. 3 LAJE, le montant maximum facturé aux parents ne peut dépasser le coût moyen des prestations concernées au sein du réseau d'accueil de jour, le coût moyen étant calculé selon les modalités fixées par la Fondation.

L'art. 29 LAJE fournit ainsi le cadre d'une contribution causale dont les principes généraux sont prévus, à tout le moins dans les grandes lignes, ainsi de l'objet de la taxe (l'accueil d'enfants), du cercle des contribuables (les personnes ayant l'obligation d'entretien directe ou indirecte de l'enfant accueilli) ainsi que du mode de calcul (le revenu des personnes concernées) ou, à tout le moins, de son montant maximum, conformément au principe de la légalité applicable en droit fiscal⁸⁰.

4. La relation entre les réseaux et les parents

Une question délicate – du fait de l'organisation du système – est celle de l'usage du mécanisme décisionnel en matière de placement et de facturation. En règle générale et sous réserve de dispositions légales *ad hoc*, la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches⁸¹. La LAJE ne définit toutefois pas la nature des relations entretenues entre les parents et les réseaux d'accueil de jour – dont le seul statut (communes, associations, PPP) n'est pas déterminant – et ne prévoit pas que ces derniers bénéficieraient d'une compétence décisionnelle s'agissant du placement ou de la facturation de l'accueil des enfants par les structures qui en font partie⁸². De plus, à supposer qu'il s'agisse d'une autorité administrative au sens de l'art. 4 LPA-VD, une habilitation législative serait également nécessaire pour rendre des décisions, compte

⁷⁸ Art. 50 al. 3 LAJE.

⁷⁹ Art. 29 al. 1^{bis} LAJE.

⁸⁰ Art. 127 al. 1 Cst; cf. ATF 135 I 130 consid. 7.2, p. 140; CDAP-VD GE.2017.0170 du 15 février 2018 consid. 1f/bb; GE.2015.0154 du 10 mars 2016 consid. 1f/bb.

⁸¹ ATF 137 II 409 consid. 6.2, p. 412.

⁸² CDAP-VD GE.2011.0191 du 15 février 2012 consid. 1/c-d.

tenu de son statut particulier de réseau décentralisé, qui n'est pas intégré dans la relation administrative hiérarchique⁸³. Il convient de procéder à une analyse téléologique⁸⁴.

La tarification de l'accueil d'un enfant ne saurait ainsi faire l'objet d'un contrat bilatéral (de droit privé ou de droit administratif) de par sa nature de contribution causale⁸⁵, dès lors que les prestations dues par les recourants sont prédéterminées par la règle de droit que constitue le tarif ; elle appelle le prononcé d'une évidente décision⁸⁶.

S'agissant du placement, la reconnaissance d'un réseau d'accueil de jour par la FAJE suppose notamment que celui-ci définisse en cas d'insuffisance de places, des critères de priorité⁸⁷ et qu'il gère une liste d'attente centralisée documentant l'offre et la demande⁸⁸. Les structures en charge de l'accueil de jour des enfants doivent ainsi appliquer des critères de priorité prédéterminés que les parents n'ont aucune possibilité de négocier ni même d'en vérifier l'application correcte, notamment sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, étant entendu que l'accès à l'offre d'accueil leur est garanti par la loi en fonction des disponibilités⁸⁹. Il en résulte que l'acte par lequel une structure d'accueil accepte ou refuse l'accès à un enfant plutôt qu'à un autre, en effectuant un examen multicritère et en établissant une liste d'attente par ordre de priorité, revêt nécessairement un caractère unilatéral et contraignant pour les parents requérants et appelle le prononcé d'une décision⁹⁰.

C. Les plans

Aux termes de l'art. 31 al. 1 let. b 1^{ère} phrase LAJE, les réseaux doivent présenter à la Fondation un plan de développement de l'offre en places d'accueil tendant à une taille optimale tenant compte des objectifs fixés par la Fondation conformément à l'art. 41 LAJE. La seconde phrase précise que ce plan de développement devra être actualisé tous les cinq ans. Ce plan tend à évaluer les besoins en matière d'accueil de jour en fonction des perspectives démographiques et économiques dans son périmètre. Il s'agit d'évaluer l'adéquation entre l'offre et la demande en matière d'accueil de jour et à coordonner et

⁸³ CDAP-VD GE.2017.0142 du 26 février 2018 consid. 1e/aa ; GE.2015.0154 du 10 mars 2016 consid. 1e ; MOOR/POLTIER, p. 196.

⁸⁴ ATF 138 II 134 consid. 4.3.1, p. 140 ; 137 II 409 consid. 6.2, p. 412.

⁸⁵ Cf. II/C ci-dessus.

⁸⁶ CDAP-VD GE.2017.0142 du 26 février 2018 consid. 1f/bb ; GE.2015.0154 du 10 mars 2016 consid. 1f/bb.

⁸⁷ Art. 31 al. 1 let. f LAJE (notamment: taux d'activité professionnelle des parents, situation sociale des familles, besoins en accueil d'urgence).

⁸⁸ Art. 31 al. 1 let. e LAJE.

⁸⁹ Art. 28 LAJE.

⁹⁰ CDAP-VD GE.2017.0142 du 26 février 2018 consid. 1e/cc.

favoriser le développement de l'offre en matière d'accueil de jour, notamment en fixant des objectifs visant à l'extension des réseaux d'accueil de jour à une taille optimale et la pleine couverture du territoire cantonal⁹¹.

Si le réseau doit prévoir un tel plan pour continuer à être reconnu par la Fondation, la réalisation des objectifs n'a pas de caractère obligatoire⁹². Il s'agit en somme d'un acte de planification et de coordination – qui se limite à renseigner sur une situation de fait et sur les projections que l'on peut en tirer – et non d'un acte normatif⁹³.

D. Les contrats

Selon la jurisprudence, le régime des contrats de droit administratif est régi par le droit public cantonal⁹⁴. En l'absence de dispositions de droit cantonal, il convient de se référer au droit privé fédéral à titre supplétif⁹⁵.

Nous en examinons ci-dessous quelques aspects dans le cadre de la LAJE.

1. Constitution du réseau

Le législateur n'a posé aucune condition quant à la forme que doivent revêtir les réseaux⁹⁶. On trouve ainsi divers mécanismes⁹⁷ : intégration à l'administration communale, entente intercommunale⁹⁸, associations de droit privé⁹⁹ ou partenariats publics-privés¹⁰⁰. S'agissant de la constitution d'un réseau par contrat de droit administratif, le système retenu permet d'y recourir. En effet, selon la jurisprudence la voie du contrat de droit administratif est admise, à moins qu'elle ne soit exclue par la loi¹⁰¹, ce qui n'est pas le cas dans le cas particulier. Les contrats en question prévoient généralement la délégation

⁹¹ Art. 41 LAJE.

⁹² Les prestations minimales des communes ne concernent que le domaine parascolaire (art. 4a LAJE).

⁹³ Sur ces questions, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 433.

⁹⁴ ATF 102 II 55 consid. 2, p. 58 ; TF 2C_604/2018 du 19 juillet 2018 consid. 3.

⁹⁵ ATF 102 II 55 consid. 2, p. 58 ; MOOR/POLTIER, pp. 459 et 462 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 1-2, pp. 353-354 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1342, pp. 294.

⁹⁶ Art. 27 al. 3 LAJE ; CDAP-VD GE.2015.0154 du 10 mars 2016 consid. 1e ; GE.2011.0191 du 15 février 2012 consid. 1d.

⁹⁷ Cf. HOYER, p. 221.

⁹⁸ Art. 110 LC (loi sur les communes du 28 février 1956 ; BLV 175.11).

⁹⁹ CDAP-VD GE.2011.0191 du 15 février 2012, consid. 1c.

¹⁰⁰ CDAP-VD GE.2013.0213 du 1^{er} juillet 2014 consid. 3.

¹⁰¹ ATF 136 II 415 consid. 2.6.1, p. 425 ; 105 Ia 207 consid. 2a, p. 209 ; 103 Ia 505 consid. 3a, p. 512.

tion des tâches à l'une ou à plusieurs des parties pour profiter des ressources réciproques¹⁰².

2. Le placement

Comme nous l'avons vu ci-dessus, la facturation des prestations d'accueil – qui n'est rien d'autre qu'une contribution causale – et le principe du placement relève de la décision administrative¹⁰³. La jurisprudence a toutefois réservé une place au contrat pour le solde de la marge de « négociation » qui subsiste en matière de placement d'un enfant dans une structure d'accueil reconnue selon la LAJE en ce qui concerne la volonté de demander l'accès à une garderie du réseau plutôt qu'à une autre, l'inscription en liste d'attente, le moment du début du contrat et le taux de fréquentation¹⁰⁴.

IV. Le contentieux

La règle de droit n'a guère d'intérêt sans un juge pour en exercer contrôle par un contrôle concret¹⁰⁵ ou abstrait¹⁰⁶, étant ici rappelé que le récipiendaire des présents mélanges a exercé ce rôle concret¹⁰⁷ et abstrait¹⁰⁸ pendant la première partie de sa carrière avant de publier ouvrages et articles de référence dans le domaine. En passant au contentieux, nous passons du *volume I* au *volume II* du Traité, de la première partie de l'enseignement du Professeur POLTIER à la deuxième partie, en d'autres termes, des principes au feu de l'action. Or, la possibilité de contrôle des actes évoqués ci-dessus n'est pas toujours évidente pour le profane, mais aussi pour le juriste.

¹⁰² Ex. une commune organisera les placements et une entreprise membre mettra sa cantine à contribution.

¹⁰³ CDAP-VD GE.2017.0170 du 15 février 2018 consid. 1f/bb ; GE.2015.0154 du 10 mars 2016 consid. 1f/bb ; GE.2017.0142 du 26.02.2018 consid. 1e/cc.

¹⁰⁴ CDAP-VD GE.2017.0142 du 26.02.2018 consid. 1e/cc.

¹⁰⁵ P.ex. art. 82 let. a LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110).

¹⁰⁶ P.ex. art. 82 let. b LTF.

¹⁰⁷ Les exemples sont trop nombreux pour être cités...

¹⁰⁸ Pour la *petite histoire*, et pour l'*Histoire* tout court, le juge POLTIER présida la Cour constitutionnelle vaudoise (CCST) lorsqu'elle rendit son premier arrêt le 28 juin 2005 (cf. CCST.2005.0001 du 28 juin 2005).

A. Décisions et normes émanant d'autorités cantonales

1. Contrôle concret

Aux termes de l'art. 54 LAJE, un recours est ouvert au Tribunal cantonal contre les décisions prises en vertu de la présente loi. Il s'agit donc d'un recours de droit administratif au sens de l'art. 92 LPA-VD qui s'exerce dans les 30 jours dès la notification de la décision attaquée¹⁰⁹.

S'agissant des décisions de l'OFAS en matière de subventions fédérales, elles peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral¹¹⁰. Il n'y a en revanche pas de recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public est fermé en application de l'art. 83 let. k LTF¹¹¹ du fait qu'il n'y a pas de droit aux aides financières, celles-ci étant octroyées dans la limite des crédits ouverts selon l'art. 1 al. 1 LAAcc¹¹². Le recours constitutionnel subsidiaire n'est quant à lui – évidemment – pas ouvert s'agissant d'une décision émanant d'une autorité fédérale¹¹³.

Il convient de relever une particularité, voire une curiosité, s'agissant du recours au Tribunal fédéral concernant les autorisations d'exploiter une institution d'accueil. Celle-ci relevant du domaine de la protection de l'enfant au sens des art. 307 ss CC, une telle décision, matériellement de droit public, doit être entreprise par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral¹¹⁴. Nous rappelons encore à toutes fins utiles et afin de rassurer les plaideurs maladroits que, conformément à la jurisprudence¹¹⁵, l'intitulé erroné de la voie de droit ne saurait entraîner l'irrecevabilité, dès lors que le recours remplit l'ensemble des conditions formelles du recours en question.

2. Contrôle abstrait

Aux termes de l'art. 3 al. 1 LJC¹¹⁶, la Cour constitutionnelle contrôle, sur requête, la conformité au droit supérieur des actes adoptés par des autorités cantonales contenant des règles de droit. L'art. 3 al. 2 précise que peuvent faire l'objet d'un tel contrôle, s'ils

¹⁰⁹ Art. 95 LPA-VD.

¹¹⁰ Art. 31 LTAF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral ; RS 173.32) ; Pour un cas d'application, cf. TAF B-3567/2016 du 7 septembre 2018 consid. 1.2.

¹¹¹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.10.

¹¹² TAF B-3567/2016 du 7 septembre 2018 consid. 4.3 ; B-3091/2016 du 8 février 2018 consid. 3.

¹¹³ Art. 113 LTF *a contrario*.

¹¹⁴ Art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF ; TF 5A_492/2018 du 31 juillet 2018 consid. 1.1 5A_317/2013 du 29 juillet 2013 consid. 1.1 ; 5A_337/2012 du 14 mai 2012 consid. 1.2.

¹¹⁵ ATF 138 I 367 consid. 1.1, p. 370 ; 136 II 497 consid. 3.1, p. 499.

¹¹⁶ Loi sur la juridiction constitutionnelle du 5 octobre 2004 ; BLV 173.32.

remplissent ces conditions : les lois et les décrets du Grand Conseil¹¹⁷, les règlements du Conseil d'État¹¹⁸ et les directives publiées d'un département ou d'un service¹¹⁹. Aux termes de l'art. 3 al. 3 LJC, tous les règlements, arrêtés ou tarifs communaux et intercommunaux, contenant des règles de droit, de même que le refus d'approbation de tels actes par le Canton, lorsque celle-ci est requise, peuvent aussi faire l'objet d'un contrôle de conformité au droit supérieur¹²⁰.

Or, le fameux « *diable* » se cache dans les détails et le Tribunal fédéral a, de jurisprudence constance, admis le contrôle des ordonnances administratives lorsqu'elles ont un effet juridique sur la situation des tiers et que, de par sa nature, elle ne donnera pas lieu à une décision susceptible d'un contrôle concret¹²¹.

Se référant aux intentions du constituant d'après lesquelles il convenait que le canton puisse ni plus ni moins « *laver son linge sale en famille* », la Cour constitutionnelle a jugé qu'il fallait interpréter la portée de cette disposition en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les ordonnances administratives, non publiées, sont néanmoins susceptibles de recours au Tribunal fédéral à certaines conditions¹²². Selon la Haute cour, une ordonnance administrative est susceptible de recours au Tribunal fédéral à deux conditions, soit d'une part lorsqu'elle déploie des effets externes touchant au moins indirectement la position juridique des administrés et d'autre part quand son application ne peut pas se traduire dans une décision formelle contre laquelle l'administré pourrait recourir de manière efficace et raisonnable pour violation éventuelle de ses droits fondamentaux¹²³. Lorsqu'une ordonnance législative n'a pas été publiée et n'a dès lors pas d'effets vis-à-vis des particuliers, il y a lieu de la traiter comme une ordonnance administrative, qui sera ou non attaquant selon ces principes¹²⁴. L'interprétation téléologique et conforme au droit supérieur de l'art. 3 LJC retenue par la Cour constitutionnelle ouvre à tout le moins une voie de droit à l'encontre des directives adoptées en application de l'art. 2 LAJE dès lors qu'elles touchent directement aux droits des enfants placés comme par exemple le taux d'encadrement, la formation du personnel et la sur-

¹¹⁷ Art. 3 al. 2 let. a LJC.

¹¹⁸ Art. 3 al. 2 let. b LJC.

¹¹⁹ Art. 3 al. 2 let. c LJC.

¹²⁰ Pour un exemple en matière de taxe causale communale, CCST.2018.0006 du 8 mars 2019.

¹²¹ ATF 128 I 167 consid. 4.3, pp. 171-173 ; TF 2C_613/2015 du 7 mars 2017 consid. 2 ; 2C_501/2015 du 17 mars 2017 consid. 2.1.1, non publié aux ATF 143 I 227.

¹²² CCST.2009.0005 du 29 mars 2010 consid. 2b.

¹²³ TF 2P.83/2002 consid. 2.3 *in fine* ; ATF 128 I 167 consid. 4.3, pp. 171-173 ; 122 I 44 consid. 2a, pp. 45 s. ; WURZBURGER, n. 97 ad art. 82 LTF ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 326 ; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 21 ss, pp. 394-396 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 87, p. 21.

¹²⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *id.* ; WURZBURGER, n. 100 ad art. 82 LTF.

face disponible par enfant¹²⁵, et que les enfants peuvent se prévaloir de la protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement offertes par l'art. 11 al. 1 Cst.

3. La qualité pour agir

Suivant l'art. 75 LPA-VD, a qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. a) ou toute autre personne ou autorité qu'une loi autorise à recourir (let. b).

S'agissant d'une association, celle-ci peut recourir non seulement pour préserver ses propres intérêts, mais aussi pour défendre les intérêts de ses membres si ses statuts le lui commandent, s'il s'agit d'intérêts communs à une grande partie ou à la majorité de ses membres et si chaque membre était habilité à les invoquer dans un recours¹²⁶.

Conformément aux art. 9 al. 1 et 10 al. 1 LJC, a qualité pour agir contre une règle de droit cantonal ou contre une règle de droit communal ou intercommunal, toute personne physique ou morale qui a un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé. Selon la jurisprudence, toutes les personnes dont les intérêts, qu'ils soient juridiques ou de fait, sont touchés par l'acte attaqué, ou pourraient l'être, ont qualité pour agir¹²⁷. Une atteinte virtuelle suffit, sans besoin d'être actuelle, pourvu que le requérant puisse, avec un minimum de vraisemblance, être touché par la norme qu'il conteste¹²⁸. S'agissant des associations, la Cour constitutionnelle a repris la jurisprudence développée en matière de qualité pour recourir au sens de l'art. 75 LPA-VD par analogie¹²⁹.

Dans ce cadre nous admettons ainsi que les détenteurs de l'autorité parentale, les associations de parents, un syndicat d'éducatrices de la petite enfance, voire des organisations telles que Pro Juventute ou Pro Familia dispose d'une indéniable qualité pour recourir.

¹²⁵ Ce qui tombe sous le bon sens lorsque l'on pense que les détenus peuvent contester la taille de leur cellule (ATF 139 IV 41 consid. 3.3, p. 44) !

¹²⁶ ATF 142 II 80 consid. 1.4.2, p. 84 ; 137 II 40 consid. 2.6.4, pp. 46 s. ; CDAP-VD GE.2018.0241 du 22 novembre 2018 consid. 1c/aa.

¹²⁷ CCST.2018.0005 du 30 novembre 2018 consid. 1d ; CCST.2015.0006 du 9 juin 2016 consid. 1c.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

B. Les contrats

Le contentieux subjectif subséquent en matière de contrat de droit administratif, par exemple relatif aux obligations des parties dans le cadre d'un contrat de réseau, obéit au régime ordinaire. Une fois le contrat de droit administratif en vigueur et le réseau constitué, le contentieux interne aux parties à ce contrat les met alors aux prises sur un pied d'égalité. C'est la voie de l'action¹³⁰ qui sera permettra un règlement du litige, que ce soit par le biais de la juridiction civile ordinaire selon les règles cantonales d'organisation judiciaire qui déterminent la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux¹³¹ ou d'une clause compromissoire insérée dans la convention de réseau¹³².

Nous précisons encore que dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral, le litige concernant un contrat de droit administratif relevant du droit public cantonal doit faire l'objet d'un recours en matière de droit public¹³³ pour autant que la valeur litigieuse dépasse les 30 000 francs¹³⁴.

Conclusion

Comme bon nombre de législation moderne, la LAJE met en œuvre toute la taxinomie du droit administratif. La législation sur l'accueil de jour poursuit essentiellement des intérêts pécuniaires et vise plus à organiser le financement des structures. L'égalité des chances, les buts sociaux et les droits fondamentaux sont légistiquement relégués au second plan par le législateur, souvent par une réglementation par directives. Si la COFF qualifie la législation vaudoise de novatrice, le mouvement, sujet des présents mélanges, est lent ; il est à craindre que faute d'objectifs chiffrés imposés aux organes d'exécution par le législateur, les évidents buts d'intérêts publics que cette législation sert ne soient que très partiellement réalisés. Dans les faits, cette législation n'atteint pas son but et laisse encore, plus de dix ans après l'adoption de la loi, des parents sans solution de garde, contribuant ainsi au maintien d'inégalités dans la société et empêchant de nombreux enfants d'accéder aux bénéfices que procure l'accueil préscolaire en matière de socialisation et de développement. Cette législation novatrice reflète les criantes lacunes

¹³⁰ MOOR/POLTIER, p. 482.

¹³¹ Cf. Art. 4 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272).

¹³² Art. 61 et 363 ss CPC.

¹³³ TF 2C_604/2018 du 19 juillet 2018 consid. 3 ; MOOR/POLTIER, p. 483, qui pressentaient cette solution sur la base la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la LTF (ATF 102 II 55).

¹³⁴ Art. 85 al. 1 let. a LTF.

de la politique de la famille dans notre pays et les éternelles incohérences due au fédéralisme¹³⁵.

La Suisse fait partie des très mauvais élèves en la matière selon les études de l'Organisation pour la coopération et le développement en Europe¹³⁶. Le système appelle ainsi un important renforcement et une réorganisation – à tous le moins – à l'échelle cantonale, investissement nécessaire pour les futures générations. Une vraie réforme impliquerait non seulement une réflexion légistique sur la place de l'enfant et de ses intérêts, mais aussi une coordination avec d'autres mesures, tel qu'un réel congé parental et une intégration dans notre système juridique du modèle familial actuel, soit celui de deux parents qui travaillent et se développent tant en qualité de parent que d'individu, en lieu et place d'un modèle dépassé, étant rappelé que la concrétisation des buts sociaux devrait évoluer avec les circonstances politiques, sociales et économiques¹³⁷.

La Tour-de-Peilz, Montreux-Brig (aller et retour), le 31 mai 2019

Bibliographie

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Les familles en Suisse : Rapport statistique 2017*, Neuchâtel 2017.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COMMISSION FÉDÉRALE DE COORDINATION POUR LES QUESTIONS FAMILIALES COFF, *L'accueil de jour extrafamilial et parascolaire en Suisse. Un état des lieux de la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales COFF*, Berne 2008.

HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich 2016.

HERGÉ, *L'oreille cassée*, Bruxelles, 1947.

HOYER Viviane, *Harmos, le début d'un système scolaire national ou chimère intercantonale ? L'harmonisation de la scolarité obligatoire et l'instauration de structures d'accueil extrafamiliales à l'exemple du droit cantonal vaudois, zurichois et grison*, thèse, RJL – Recherches juridiques lausannoises 62, Zurich/Bâle/Genève 2018.

MAHON Pascal, in : AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 11.

MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd. entièrement revue, mise à jour et augmentée, Berne 2011.

¹³⁵ Sur l'application des règles internationales en Suisse, cf. HOYER, p. 207.

¹³⁶ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, COFF 2008, p. 42.

¹³⁷ ATF 140 II 157 consid. 7.2, p. 161 ; 136 V 395 consid. 7.7, p. 413 ; 133 I 206 consid. 7.4, p. 220 ; voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 841.

- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 3^e éd. entièrement revue, mise à jour et augmentée, Berne 2012.
- Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.
- POLTIER Etienne, *Les subventions*, in : Lienhard Andreas (édit.), *Finanzrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd X, Bâle 2011.
- REUSSER Ruth / LÜSCHER Kurt, in : Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Bd. I, Zurich/St-Gall 2014, Art. 11.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.
- TSCHENTSCHER Axel, in : Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Basler Kommentar Schweizerische Bundesverfassung (BV)*, Bâle 2015, Art. 11.
- WURZBURGER Alain, in : CORBOZ Bernard / WURZBURGER Alain / FERRARI Pierre / FRÉSARD Jean-Maurice / AUBRY GIRARDIN Florence, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014, Art. 82.

L'impact du droit au respect des biens sur le domaine public

Sommaire	Page
Introduction	235
I. Les arrêts <i>Depalle</i> et <i>Brosset-Triboulet</i> . France et la protection des intérêts de l'occupant à titre privatif du domaine public	236
A. Rappel des faits	236
B. Question préliminaire - l'occupant du domaine public, titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1 ?	238
C. Qualification de l'ingérence – une réglementation de l'usage des biens	241
D. Finalité et de proportionnalité de l'ingérence	243
II. L'arrêt <i>Valle Pierimpiè c. Italie</i> et l'incorporation de biens privés dans le domaine public	245
A. Contexte	245
B. Rappel des faits	246
C. Question préliminaire – le propriétaire devenu occupant sans titre du domaine public, est-il titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1?	247
D. Au fond – qualification de l'ingérence et contrôle de proportionnalité	248
Conclusion	249
Bibliographie	249

Introduction

Contrairement au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹, la Convention européenne des droits de l'homme reste muette au sujet de la propriété publique des États. Si le droit européen des droits de l'homme ne fait pas obstacle à la mise en place

* Assistante à l'Université de Liège et avocate au Barreau de Liège.

** Chargé de cours à l'Université Libre de Bruxelles et avocat au Barreau de Bruxelles.

¹ Qui prévoit en son article 345 : « Les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les états membres ».

d'un régime juridique propre aux biens appartenant aux personnes publiques², contenant des règles dérogatoires au droit commun³, cette apparente indifférence n'exclut pas que des tensions puissent apparaître entre les droits que les justiciables tirent de la Convention et le régime de la domanialité publique.

Parmi les points de friction pouvant exister entre droit conventionnel des droits de l'homme et régime du domaine public, nous nous limiterons à l'examen de l'étendue de la protection des droits que possède une personne privée sur des biens du domaine public par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention (ci-après « article 1P1 »). Cette disposition a été instrumentalisée à plusieurs reprises devant la Cour européenne des droits de l'homme, tantôt par des occupants à titre privatif du domaine suite au non-renouvellement de leur titre d'occupation, tantôt par des propriétaires privés souhaitant contester l'incorporation de leur bien dans le domaine public.

Bien que la démarche casuistique qu'adopte la Cour dans ses décisions rende périlleuse toute tentative de systématisation des considérations qu'elle y énonce, la présente étude vise à mettre en lumière, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les limites que l'article 1P1 peut imposer au régime de la domanialité, et à identifier certains principes directeurs de la jurisprudence de la Cour.

I. Les arrêts *Depalle*⁴ et *Brosset-Triboulet*⁵ c. France et la protection des intérêts de l'occupant à titre privatif du domaine public

A. Rappel des faits

Les faits à l'origine des deux arrêts prononcés le 29 mars 2010 sont très similaires, à tel point qu'il nous paraît opportun de les présenter simultanément.

Des particuliers ont acquis par-devant notaire⁶ une maison à usage d'habitation construite sur un terre-plein établi sur le domaine public maritime. Leur utilisation privative du domaine était légitimée par des autorisations d'occupation temporaire, renouvelées

² VANDEBURIE, pp. 168-171 ; BROUANT, pp. 512-513.

³ Voy. not., à propos du temps nécessaire pour acquérir un bien par usucapion, CourEDH, 4 octobre 2011, *Zafranias c. Grèce*, § 38.

⁴ CourEDH (gde ch.), 29 mars 2010, arrêt *Depalle c. France*.

⁵ CourEDH (gde ch.), 29 mars 2010, arrêt *Brosset-Triboulet et autres c. France*.

⁶ Par acte de vente dans l'affaire *Depalle*, par acte de donation dans l'affaire *Brosset-Triboulet*.

régulièrement, pendant plusieurs décennies⁷, par les autorités préfectorales. Ces autorisations sont dites « traditionnelles », en ce sens qu'elles n'étaient pas constitutives de droits réels administratifs sur le domaine public⁸.

Les arrêtés portant autorisation d'occupation réservaient systématiquement la faculté pour l'administration de modifier ou retirer l'autorisation, sans qu'une telle révision ou suppression de leur titre ne donne lieu au paiement d'une quelconque indemnité. Il y était également précisé que les permissionnaires pouvaient être requis de rétablir les lieux dans leur état primitif, et par conséquent, de procéder à la démolition des constructions érigées sur le domaine public.

Quelque temps après l'entrée en vigueur de la « loi littoral »⁹, qui visait à assurer une protection accrue du littoral français, les requérants se sont vus opposer le refus du préfet de Morbihan de renouveler leur titre d'occupation aux mêmes conditions que celles dont ils avaient bénéficié jusqu'alors¹⁰. Le préfet leur avait toutefois proposé une convention d'occupation viagère¹¹, afin de tenir compte des circonstances exceptionnelles de leur situation, et en particulier l'ancienneté des constructions et le lien affectif qui unissait les requérants à leur maison. Ceux-ci ont refusé la proposition des autorités administratives françaises et ont sollicité, d'abord auprès du préfet, ensuite en justice, l'octroi d'une concession d'endiguage valant transfert de propriété. Le préfet a requis quant à lui la condamnation des requérants pour contravention de grande voirie, ceux-ci étant devenus des occupants sans titre du domaine public.

Les juridictions administratives nationales donnèrent raison au préfet et condamnèrent les occupants du domaine à la remise des lieux en pristin état. Afin de contester le refus des autorités nationales de les laisser continuer à occuper le domaine public et l'injonction qui leur est faite de détruire la maison qui leur appartient, ils se présentent

⁷ Dans l'affaire *Depalle*, le bâtiment avait été construit sans autorisation vers le milieu des années 1880. La première autorisation d'occupation avait été accordée par un arrêté datant de 1889 et la dernière avait expiré fin de l'année 1992. Les consorts Depalle avaient acquis la maison en 1960. Dans l'affaire *Brosset-Triboulet*, la maison avait été édifée aux alentours de 1907. La première autorisation d'occupation avait été octroyée en 1909 et la dernière avait expiré en 1990. Le bien appartenant à la famille des requérants depuis 1945.

⁸ Le régime des autorisations constitutives de droit réel est réglé par la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 concernant le domaine de l'État, et par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

⁹ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

¹⁰ Le refus de renouvellement était fondé en particulier sur l'article 25 de ladite loi qui dispose que « les décisions d'utilisation du domaine public maritime tiennent compte de la vocation des zones concernées et de celle des espaces terrestres avoisinants, ainsi que des impératifs de préservation des sites et paysages du littoral et des ressources biologiques », au motif que cette disposition excluait toute occupation privative du domaine public maritime.

¹¹ Cette autorisation était strictement personnelle, ne pouvait être ni cédée, ni transmise, et était assortie d'une interdiction de travaux, exception faite des travaux d'entretien.

devant la Cour européenne en invoquant le droit au respect de leur bien, garanti par l'article 1P1.

B. Question préliminaire - l'occupant du domaine public, titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1 ?

Une étape préliminaire au contrôle par la Cour de la conventionalité de la mesure nationale est la vérification de l'applicabilité de l'article 1P1 au cas d'espèce. Les consorts Depalle et Brosset-Triboulet, occupants à titre privatif du domaine public, titulaires d'un droit qu'ils savaient *précaire* et *révocable*, pouvaient-ils faire valoir un intérêt substantiel qualifiable de « bien » au sens de cette disposition ?

Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure, et de la portée autonome qu'elle donne à la notion de « bien », la Cour répond positivement à cette première question¹².

Elle s'était déjà prononcée favorablement sur l'existence d'un bien au sens de l'article 1P1 dans le contexte de la domanialité publique. Mais ce qui distingue les affaires *Depalle* et *Brosset-Triboulet* des cas précédemment tranchés c'est l'*absence de titre de propriété non controversé en droit interne*¹³. En l'espèce, les requérants ne contestent pas l'appartenance au domaine public de la parcelle sur laquelle leur immeuble a été édifié, qu'ils occupaient en vertu d'autorisations d'occupation temporaires *non constitutives de droit réel*¹⁴ dont ils ne pouvaient ignorer la précarité. La Cour souligne que les arrêtés préfectoraux mentionnaient l'obligation de remise en état des lieux en cas de révocation.

¹² Solution qui ne paraissait pas surprenante mais qui a été critiquée par certains auteurs, voy. not. FOULQUIER, pp. 389-390.

¹³ § 64 de l'arrêt *Depalle* et § 67 de l'arrêt *Brosset-Triboulet* « [d]e manière générale, l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public n'a pas empêché la Cour de conclure à la présence de « biens » au sens de cette disposition [...] Dans ces affaires, cependant, [...] les titres de propriété des intéressés ne prêtaient pas à controverse au regard du droit interne, ces derniers pouvant légitimement se croire en situation de « sécurité juridique » quant à leur validité, avant qu'ils soient annulés au profit de la domanialité publique ». Notons que la Cour a repris récemment ce considérant dans l'arrêt *Kosmas* (CourEDH, 29 juin 2017, arrêt *Kosmas et autres c. Grèce*, § 68).

¹⁴ Cette considération semble déterminante dans le raisonnement de la Cour, qui énonce que « [d]ans ces conditions, et nonobstant l'acquisition de bonne foi de la maison, *dès lors que les autorisations d'occupation n'étaient pas constitutives de droits réels sur le domaine public* – ce que les requérantes ne pouvaient pas ignorer, y compris quant aux conséquences sur leurs droits à l'égard de la maison – [...] la Cour doute qu'elles aient pu raisonnablement espérer continuer à en jouir du seul fait des titres d'occupation [...] Elle observe en effet que tous les arrêtés préfectoraux mentionnaient l'obligation, en cas de révocation de l'autorisation d'occupation, de remise des lieux en leur état primitif si cela était requis par l'administration » (§ 67 de l'arrêt *Depalle* et § 70 de l'arrêt *Brosset-Triboulet*). Or, il

La Cour en conclut que les intéressés ne peuvent se prévaloir d'aucune espérance légitime *sensu stricto* de continuer à jouir de leur immeuble. Elle estime toutefois que l'écoulement du temps a fait naître un intérêt patrimonial des requérants à jouir de leur maison, intérêt « suffisamment reconnu et important » pour constituer un « bien » au sens de l'article 1P1.

Au vu du raisonnement formulé par la Cour de Strasbourg dans les deux décisions commentées, et à la lumière de sa jurisprudence antérieure, peut-on penser que, notamment dans l'ordre juridique belge, tout occupant *régulier* du domaine public pourrait se prévaloir d'un bien au sens de l'article 1P1, même s'il ne peut justifier d'une longue période d'occupation ?

La réponse à cette question nous semble être largement positive. Nous pensons même que l'occupant à titre privatif du domaine pourrait, selon les cas, se prévaloir du droit de propriété qu'il possède sur les constructions qu'il y a érigées¹⁵ mais aussi des intérêts attachés à l'activité qu'il y exerce. Dans l'hypothèse où l'autorisation domaniale est liée à l'exploitation d'une activité économique, il pourrait en effet invoquer des intérêts patrimoniaux liés à la gestion de l'activité impactée par le non-renouvellement ou la révocation de l'autorisation d'occupation, en appliquant par analogie la jurisprudence de la Cour sur les licences et permis^{16 17}.

semble qu'il faille nuancer la distinction qui existe en droit français entre les autorisations « traditionnelles » – non constitutives de droit réel – et les autorisations constitutives de droit réels. Le professeur MANSON, dans son commentaire sur les deux décisions, relève que la jurisprudence française reconnaît que l'occupant à titre privatif du domaine public est en principe propriétaire des constructions qu'il y érige, par l'effet d'un droit de superficie accessoire. Tout occupant bénéficierait donc, en principe, d'un droit réel de superficie sur le domaine public qu'il occupe, et d'un droit de propriété sur les ouvrages qu'il a érigés. Si les intéressés avaient fait valoir ces droits plus explicitement devant la Cour, on peut penser que cette dernière aurait pu identifier l'existence d'un « bien » dans le chef des requérants, sans devoir se référer à l'écoulement du temps. (MANSON, pp. 1455-1458).

¹⁵ Voy. en ce sens VANDEBURIE, p. 543, note infrapaginale n° 2518. Dans le même sens, mais en droit français, MANSON estime que « la Cour aurait finalement pu fonder sur les autorisations comme sur les effets de leur non-renouvellement, la reconnaissance d'un « bien » au sens de l'article 1, *sans recourir à un élément aussi insaisissable que l'écoulement du temps*. Alors même qu'elles étaient explicitement précaires, et qu'elles ne se rapportaient pas au dispositif de la loi du 25 juillet 1994, *elles conféraient tout de même un droit de propriété aux occupants sur leur maison* » (MANSON, p. 1457).

¹⁶ CourEDH, 21 juin 1989, arrêt *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, § 53 ; CourEDH, 22 janvier 1991, *Fredin c. Suède*, § 40 ; CourEDH, 14 janvier 2003, décision *Gallego Zafrá c. Italie* ; CourEDH, 28 juillet 2005, arrêt *Rosenzweig Warehouses Ltd. c. Pologne*, §§ 49-50 ; CourEDH, 10 juillet 2007, arrêt *Bimer S.A. c. Moldavie*, § 49 ; CourEDH, 3 juin 2008, arrêt *S.c. Pilot Service S.A. c. Roumanie*, § 141, à propos d'une autorisation d'exercer le pilotage limitée dans le temps ; CourEDH, 13 mars 2012, arrêt *Malik c. Royaume-Uni*, §§ 90-94 ; CourEDH, 7 juin 2012, arrêt *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, § 177 ; CourEDH, 13 janvier 2015, arrêt *Vékony c. Hongrie*, § 29 ; Plus récemment, CourEDH, 7 juin 2018, arrêt *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlande*, §§ 87-

La doctrine belge¹⁸ reconnaît à l'occupant, que celui-ci soit titulaire de droits de nature réelle ou personnelle sur le domaine public, un droit de propriété sur les constructions qu'il a élevées sur le domaine public, par voie de « superficte-conséquence »¹⁹. Le droit de superficte-conséquence dont bénéficie l'usager du domaine partage les caractéristiques du droit de jouissance dont il est accessoire. Ainsi, le droit de propriété de l'occupant sur les ouvrages qu'il a réalisés est lui aussi précaire et révocable. Toutefois, la précarité de ce droit ne devrait *a priori* pas faire obstacle à la reconnaissance d'un « bien » par la Cour de Strasbourg, celle-ci ayant déjà jugé dans plusieurs affaires qu'un intérêt patrimonial « révocable dans certaines circonstances » est un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1²⁰.

La solution consacrée par la Cour ne perd toutefois pas toute pertinence. Il se pourrait que, par exception, l'occupant du domaine public ne puisse se prévaloir d'aucun droit réel, tant sur la portion du domaine public concernée, que sur les ouvrages qu'il aurait réalisés. En effet, le gestionnaire domanial pourrait priver l'occupant du domaine public

90, à propos d'une licence d'aquaculture limitée dans le temps ; et CourEDH, 4 septembre 2018, arrêt *Tiramavia S.R.L. et autres c. Moldavie*, § 29. Comme l'a relevé très justement HOSTIOU, « [c]e n'est pas l'autorisation administrative elle-même qui constitue un bien, mais les intérêts économiques et patrimoniaux qui en découlent très directement » (HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », pp. 22-24). La Cour confirmera explicitement cette analyse dans l'étude de jurisprudence qu'elle expose dans l'arrêt *Malik* (CourEDH, 13 mars 2012, arrêt *Malik c. Royaume-Uni*, §§ 92 à 94) : la Cour n'envisage pas dans sa jurisprudence la licence comme « un bien », mais elle considère comme un « bien » l'activité commerciale dont l'exercice est conditionné par la licence.

¹⁷ Le parallèle entre la jurisprudence de la Cour relative aux licences et permis et la problématique des autorisations d'occupation privative du domaine public avait déjà été mis en lumière par BROUANT (p. 513-515) et MANSON (p. 1454).

¹⁸ Voy. not. V. SAGAERT, « Le statut réel des constructions érigées par l'occupant du domaine public », *JurimPratique*, 2015/3, pp. 233 et s. ; T. SION, « Les droits privés d'occupation confrontés au domaine public », *A.D.L.*, 2017/1, pp. 95-96 ; VANDEBURIE, p. 569, n° 477 ; LAGASSE, n° 195 ; J. FALYS, « Du droit de superficte des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public », *Ann. dr. Louv.*, 1960, p. 89 ; P. BOUCQUEY / V. OST, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in : *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, la Charte, Bruges 2005, p. 276 ; VAN GARSSSE, p. 279-280 ; RENDERS/GORS, p. 105, n° 154 ; LOMBAERT/DI GIACOMO, p. 16, n° 9.

¹⁹ Sur cette notion, voy. LECOQCQ, pp. 283-285.

²⁰ Voy. CourEDH, 5 janvier 2000, arrêt *Beyeler c. Italie*, § 105, à propos d'un tableau faisant l'objet d'un droit de préemption, la Cour a estimé que « le requérant était titulaire d'un intérêt patrimonial reconnu en droit italien, bien que révocable dans certaines conditions, depuis l'acquisition de l'œuvre jusqu'au moment où le droit de préemption a été exercé [...] » ; CourEDH, 13 décembre 2016, arrêt *Bélané Nagy c. Hongrie*, § 75 : « [...] un intérêt patrimonial reconnu par le droit interne – même s'il est révocable dans certaines circonstances – peut s'analyser en un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 » ; CourEDH (gde ch.), 19 décembre 2018, arrêt *Molla Sali c. Grèce*, § 126 ; CourEDH, 5 mars 2019, arrêt *Uzan et autres c. Turquie*, § 191.

du bénéfice du droit de superficie-conséquence²¹. Dans une telle hypothèse, l'occupant pourrait néanmoins, en application de la jurisprudence *Depalle*, se prévaloir d'un intérêt substantiel tiré de sa longue période d'occupation.

C. Qualification de l'ingérence – une réglementation de l'usage des biens

L'article 1P1 contient trois normes distinctes²². La première énonce le principe du respect de la propriété, et les deux dernières se rapportent à des exemples particuliers d'atteinte au droit au respect des biens²³. La question qui se posait en l'espèce était de savoir si le non-renouvellement de l'autorisation administrative et l'injonction faite aux occupants du domaine public de démolir à leurs frais leur immeuble relevaient plutôt de la deuxième norme, qui envisage les *privations de propriété*, ou de la troisième, qui vise les *réglementations de l'usage des biens*. Le rattachement de l'ingérence à l'une ou l'autre de ces catégories n'est pas neutre : elle a une influence directe sur l'intensité du contrôle de proportionnalité de la Cour²⁴.

En l'espèce, la Cour a écarté la qualification de « privation de propriété », en soulevant deux considérations.

Elle constate d'abord l'absence de mise en œuvre de la démolition des immeubles au jour de sa décision²⁵. Elle relève ensuite l'appartenance, non-contestée, de la parcelle sur

²¹ Le droit de superficie-conséquence étant étranger à l'ordre public, une dérogation est envisageable, voy. SAGAERT, *op. cit.*, pp. 237-238.

²² Voy., parmi d'autres, CourEDH, 23 septembre 1982, arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, § 61.

²³ HOSTIOU, « L'inaliénabilité du domaine public maritime devant la Cour de Strasbourg (arrêts *Depalle* et *Brosset-Triboulet* et autres du 29 mars 2010) », p. 175.

²⁴ *Ibid.*, p. 176 ; B. VANBRABANT, « Section 3 – Les ingérences susceptibles d'être sanctionnées », in : *La propriété intellectuelle*, Tome 1 : *Nature juridique*, Larcier, Bruxelles 2016, pp. 514-515 ; L. CONDORELLI, « Commentaire de l'article 1 du Premier protocole additionnel », in : *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris 1999, p. 995 ; F. ALHAMA, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *A.J.D.A.* 2010, p. 1521.

²⁵ Cela a amené certains auteurs à se demander, si, *a contrario*, la maison des requérants avait été démolie, l'affaire aurait pu être examinée sur base de la deuxième norme (HOSTIOU, « L'inaliénabilité du domaine public maritime devant la Cour de Strasbourg (arrêts *Depalle* et *Brosset-Triboulet* et autres du 29 mars 2010) », pp. 176-177 ; FOULQUIER, p. 390). Le doute est permis, la Cour adoptant une interprétation stricte de la notion de privation de propriété (CONDORELLI, *op. cit.*, p. 983). Notons que dans l'arrêt *Hamer c. Belgique* (CourEDH, 27 février 2008, arrêt *Hamer c. Belgique*, § 77), nonobstant le fait que la maison du requérant avait été démolie au moment où la Cour a connu de l'affaire, elle a examiné l'ingérence sous l'angle de la troisième norme. On peut également tirer argument d'un des considérants de l'arrêt *Antunes Rodrigues c. Portugal*, dans lequel la

laquelle est érigée la construction au domaine public et « les principes régissant ce domaine »²⁶.

Sébastien MANSON considère à ce propos qu'en renvoyant à l'appartenance publique du bien et aux principes qui régissent le domaine public, la Cour a considéré que le droit des occupants était « trop explicitement précaire et insuffisamment affirmé, pour que son extinction soit assimilable à une « privation de propriété » »²⁷. La jurisprudence relative au domaine forestier et au littoral turcs²⁸, dont la substance sera exposée *infra*, semble le confirmer. Dans des affaires où les requérants pouvaient se croire en situation de sécurité juridique quant à leur propriété, et qui s'en voient privés *en application des mêmes principes*, l'ingérence des autorités nationales a été qualifiée de « privation de propriété », et a par conséquent fait l'objet du contrôle plus exigeant de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 1P1.

Cela tend à faire penser qu'*a priori*, toute révocation²⁹ ou non-renouvellement d'une autorisation domaniale, même constitutive de droits réels³⁰, et même, selon nous, en cas

Cour qualifie la démolition (et non la simple injonction de démolir) d'une maison privée construite sur le domaine public de réglementation de l'usage des biens, et assimile l'arrêt *Depalle* à l'arrêt *Hamer* : « [...] l'État peut notamment être amené à intervenir dans le domaine public et même à prévoir, dans certaines circonstances, l'absence d'indemnisation dans plusieurs situations relevant de la réglementation de l'usage des biens. C'est par exemple le cas de la démolition d'une maison privée construite sur le domaine public (*Depalle*, précité, §§ 77-93 ; *Hamer c. Belgique*, §§ 71-89) [...] » (CourEDH, 26 avril 2011, arrêt *Antunes Rodrigues c. Portugal*, § 32). Au surplus, le § 92 de l'arrêt *Depalle* et § 95 de l'arrêt *Brosset-Triboulet* disposent que « [...] la Cour estime que les requérantes ne supporteraient pas une charge spéciale et exorbitante en raison de la démolition de leur maison sans indemnisation ». Il ressort de ce passage que la Cour se prononce au regard de la future démolition des biens des requérants. Si l'absence de mise en œuvre de l'injonction de la démolition est assurément un élément en faveur de la qualification de l'ingérence en une « réglementation de l'usage des biens », elle ne nous semble pas être, à elle seule, déterminante.

²⁶ § 79 de l'arrêt *Depalle* et § 82 de l'arrêt *Brosset-Triboulet*.

²⁷ MANSON, p. 1458. Il cite notamment à l'appui de son propos l'arrêt *Hamer c. Belgique* (CourEDH, 27 novembre 2007, arrêt *Hamer c. Belgique*) où, malgré la démolition de la maison du requérant, l'ingérence a été examinée à la lumière de la troisième norme ; dans le même sens VAN DAMME, pp. 286-287 ; ALHAMA, *op. cit.*, pp. 1521-1522.

²⁸ Voy. not. CourEDH, 11 octobre 2005, arrêt *N.A. et autres c. Turquie*, §§ 38-39 ; CourEDH, 8 juillet 2008, arrêt *Turgut et autres c. Turquie*, §§ 88-90.

²⁹ Bien qu'il soit question dans les arrêts commentés du non-renouvellement d'une autorisation domaniale, il nous semble que le raisonnement puisse être transposé à un cas de révocation. Voy. en ce sens ALHAMA, *op. cit.* p. 1522.

³⁰ Dans ce sens : MANSON, p. 1459 ; *Contra* BROUANT, p. 515. Selon cet auteur, le retrait d'un titre d'occupation doit s'analyser comme une réglementation de l'usage des biens, alors que « s'agissant des titulaires d'un titre comportant un droit réel il ne fait guère de doute que le retrait d'un tel titre devrait être considéré comme une privation de propriété au sens de la Convention ».

de démolition effective de l'immeuble concerné³¹, tomberait dans le champ de la *troisième norme* de l'article 1P1, les droits en découlant étant nécessairement précaires et révocables, dans la mesure où l'occupant avait connaissance de la fragilité de sa condition.

D. Finalité et de proportionnalité de l'ingérence

Quant à la finalité de l'ingérence litigieuse, l'État français se plaçait sur le terrain de la domanialité et invoquait la protection de l'affectation du domaine public maritime à l'usage de tous. La Cour relativise toutefois cette argumentation au motif qu'en renouvelant durant des décennies les autorisations domaniales des requérants, qui occupaient le domaine public d'une manière qui excluait tout usage collectif de la parcelle concernée, les pouvoirs publics ont *de facto* réduit « la protection de l'affectation du domaine à l'utilité publique »^{32 33}.

En l'espèce, la Cour retient comme but légitime d'intérêt général la promotion du libre accès au rivage, qui relève de la protection de l'environnement. Les commentateurs de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ont eu à plusieurs reprises l'occasion de constater le poids considérable d'une telle justification dans la balance des intérêts opérée par la Cour³⁴. Les deux arrêts commentés ne font pas exception à la règle^{35 36}. Malgré le

³¹ Voy. la note infrapaginale n° 25.

³² § 81 de l'arrêt *Depalle* et § 84 de l'arrêt *Brosset-Triboulet*.

³³ On peut toutefois se demander dans quelle mesure une telle justification pourrait être prise en compte dans l'hypothèse où l'occupation privative du domaine public a été autorisée « en vue d'accroître l'utilité commune du domaine public » (voy. pour des exemples LAGASSE, n° 156), de telle manière que le renouvellement successif de l'autorisation domaniale par les autorités nationales n'aurait pas affaibli la protection de l'affectation du bien concerné.

³⁴ Voy. not. NADAUD/MARGUÉNAUD, pp. 664-669 ; HOSTIOU, « L'inaliénabilité du domaine public maritime devant la Cour de Strasbourg (arrêts *Depalle* et *Brosset-Triboulet* et autres du 29 mars 2010) », pp. 180-181, qui parle d'« autolimitation » de la Cour dans cette matière ; MANSON, p. 1461, qui évoque « l'éminence de la finalité environnementale », qui « conduit la Cour à établir un « bilan à handicap », défavorisant *ab initio* la situation du requérant ».

³⁵ Les affaires commentées semblent même être remarquables sur ce point, en ce qu'elles illustrent que la protection de l'environnement peut « justifier des atteintes massives au droit de propriété », CONSEIL DE L'EUROPE (édit.), *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2012, p. 70.

³⁶ La solution à laquelle aboutit la Cour a été critiquée par certains, en ce qu'elle n'examine même pas s'il y a eu *in concreto* une atteinte à l'environnement. Voy. not. NADAUD/MARGUÉNAUD, p. 666, qui parlent d'une intransigeance « contraire à l'idée de proportionnalité qui irrigue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », de « validation européenne d'application mécanique de la loi nationale ».

caractère radical, reconnu par la Cour elle-même³⁷, des mesures prononcées par les autorités nationales, la haute juridiction estime que l'équilibre devant être aménagé entre les droits de l'individu et l'intérêt de la collectivité n'a pas été rompu.

La Cour relève une série d'éléments factuels qui lui permettent de contrôler si les requérants n'avaient pas eu à supporter une charge spéciale et exorbitante. Les faits de la cause étant très spécifiques, on ne saurait déterminer avec précision quels éléments ont pesé plus que d'autres dans la décision de la Cour. La parfaite connaissance par les occupants de la précarité de leurs droits, et la cohérence³⁸ des autorités nationales dans leurs démarches, semblent néanmoins avoir été déterminantes. Les arrêtés successifs permettant l'occupation du domaine mentionnaient à chaque fois la possibilité pour l'administration de révoquer ou de modifier l'autorisation qui leur avait été accordée, et la nécessité pour les requérants, le cas échéant, de démolir leur habitation afin de remettre les lieux dans leur état primitif. Les autorités nationales n'ont donc pas créé d'incertitude quant au statut juridique de leur « bien ».

Quant à l'absence d'indemnisation, si elle est prise en compte dans l'appréciation du juste équilibre en matière de réglementation de l'usage des biens, elle n'est pas « de principe », comme en matière de privation de propriété. La Cour observe qu'« eu égard aux règles sur le domaine public, et considérant que le requérant ne pouvait ignorer le principe de non-indemnisation, qui était clairement précisé dans toutes les autorisations d'occupation temporaire du domaine public qui lui ont été consenties [...] l'absence d'indemnisation ne saurait passer, [...], pour une mesure disproportionnée à la réglementation de l'usage des biens du requérant »³⁹. Elle conclut à l'absence de violation de l'article 1P1.

³⁷ § 88 de l'arrêt *Depalle* et § 92 de l'arrêt *Brosset-Triboulet*.

³⁸ Certains auteurs ont toutefois relevé plusieurs circonstances de nature à nuancer cette apparente cohérence des autorités nationales, voy. MANSON, p. 1562 ; HOSTIOU, « L'inaliénabilité du domaine public maritime devant la Cour de Strasbourg (arrêtés *Depalle* et *Brosset-Triboulet* et autres du 29 mars 2010) », pp. 178-179.

³⁹ § 91 de l'arrêt *Depalle*, § 94 de l'arrêt *Brosset-Triboulet*.

II. L'arrêt *Valle Pierimpiè c. Italie*⁴⁰ et l'incorporation de biens privés dans le domaine public

A. Contexte

Le contexte factuel à l'origine de cette deuxième catégorie de décisions est bien différent de celui qui a donné lieu aux arrêts *Depalle* et *Brosset-Triboulet*. Il n'est plus question ici d'un occupant du domaine, conscient de l'appartenance publique des biens concernés et des conséquences qu'elle entraîne sur ses droits, mais du titulaire d'un titre de propriété dont il pouvait légitimement croire en la validité qui voit sa propriété remise en cause, au motif que l'objet de son droit appartient dorénavant au domaine public. Par application des principes qui régissent les biens du domaine, il se voit priver de son bien, sans qu'une quelconque indemnité ne lui soit versée. Une telle situation est-elle conforme à l'article 1P1 ?

La Cour européenne des droits de l'homme a pu connaître de cette problématique dans de nombreuses affaires turques, concernant d'une part le littoral⁴¹, et d'autre part, le domaine forestier⁴².

⁴⁰ CourEDH, 23 septembre 2014, arrêt *Valle Pierimpiè società agricola S.P.A. c. Italie*, commenté par ORLANDINI, p. 621 et s.; HOSTIOU, « Protection du littoral et propriété privée : la CEDH tourne le dos à la jurisprudence Depalle », pp. 2273 et s.

⁴¹ CourEDH, 11 octobre 2005, arrêt *N.A. et autres c. Turquie* ; CourEDH, 7 décembre 2012, arrêt *Hüseyin Ak et autres c. Turquie* ; CourEDH, 17 juillet 2007, arrêt *Yurtoven c. Turquie* ; CourEDH, 20 mai 2008, arrêt *Edip Uslu c. Turquie* ; CourEDH, 10 mai 2007, arrêt *Taci et Eroglu c. Turquie* ; CourEDH, 3 juin 2008, arrêt *Kutluk et autres c. Turquie* ; CourEDH, 17 juillet 2007, arrêt *Tozkoparan et autres c. Turquie* ; CourEDH, 10 mai 2007, arrêt *Adil Özdemir c. Turquie* ; CourEDH, 2 décembre 2008, arrêt *Ardıçoğlu c. Turquie* ; CourEDH, 10 mai 2007, arrêt *Mehmet Ali Miçooğulları c. Turquie* ; CourEDH, 28 avril 2009, arrêt *Fatihoglu et Ugutmen c. Turquie* ; CourEDH, 17 juillet 2008, arrêt *Kadayıfci et autres c. Turquie* ; CourEDH, 26 novembre 2013, arrêt *Silahyürekli c. Turquie* ; CourEDH, 30 mai 2006, arrêt *Dogrüsöz et Aslan c. Turquie* ; CourEDH, 7 octobre 2008, arrêt *Abaci c. Turquie* ; CourEDH, 30 janvier 2007, arrêt *Aslan et Özsoy c. Turquie* ; CourEDH, 18 mars 2008, arrêt *Gimüisoglu c. Turquie* ; CourEDH, 16 décembre 2008, arrêt *Terzioğlu et autres c. Turquie* ; CourEDH, 27 mars 2007, arrêt *Asfuroglu et autres c. Turquie* ; CourEDH, 12 décembre 2006, arrêt *Tuncay c. Turquie*.

⁴² CourEDH., 8 juillet 2008, arrêt *Turgut et autres c. Turquie* ; CourEDH, 4 octobre 2011, arrêt *Kayaci et autres c. Turquie* ; CourEDH, 27 septembre 2011, arrêt *Tongün c. Turquie* ; CourEDH, 13 septembre 2011, arrêt *Ali Kiliç et autres c. Turquie* ; CourEDH, 13 septembre 2011, arrêt *Feryadi Sahin c. Turquie* ; CourEDH, 13 septembre 2011, arrêt *Koper c. Turquie* ; CourEDH, 13 septembre 2011, arrêt *Malhas et autres c. Turquie* ; CourEDH, 13 septembre 2011, arrêt *Sarisoy c. Turquie* ; CourEDH, 31 mai 2011, arrêt *Ahmet Nuri Tan et autres c. Turquie* ; CourEDH, 29 mars 2011, arrêt *Kar c. Turquie* ; CourEDH, 1^{er} mars 2011, arrêt *Sever c. Turquie* ; CourEDH, 15 février 2011, arrêt *Mustafa Kemal Özdemir et autres c. Turquie* ; CourEDH, 15 février 2011, arrêt *Okul et Karaköse*

Plus récemment, la Cour a répété sa jurisprudence dans un arrêt *Valle Pierimpiè c. Italie*, décision qui retiendra notre attention dans la présente contribution. La confrontation entre le raisonnement mené par la Cour dans cette dernière affaire et celui qu'elle a tenu dans les deux arrêts français précédemment commentés est d'autant plus pertinente que de nombreux éléments communs peuvent être identifiés. Il était également question d'un terrain relevant du domaine public maritime et d'une ingérence massive au droit de propriété, justifiée par des considérations d'ordre environnemental.

B. Rappel des faits

Une société anonyme italienne a acquis, par acte notarié dûment enregistré, une « vallée de pêche » pour y exploiter une activité piscicole. Dès 1989, les autorités locales lui intimèrent de quitter le terrain qu'elle occupait, au motif que celui-ci relèverait du domaine public de l'État italien.

En 1994, elle diligenta une procédure devant les juridictions nationales, afin que son droit de propriété sur les parcelles concernées soit reconnu. Elle se fait débouter en instance et en appel. La Cour de cassation confirma la décision des juges du fond, au motif que la vallée de pêche, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, appartenait au domaine public naturel de l'État. La vallée était par conséquent hors-commerce et ne pouvait faire l'objet ni de transferts entre particuliers, ni d'une prescription acquisitive.

c. Turquie ; CourEDH, 15 février 2011, arrêt *Türkkan c. Turquie* ; CourEDH, 15 février 2011, arrêt *Zeki Simsek c. Turquie* ; CourEDH, 15 juin 2010, arrêt *Adem Yilmaz Dogan et autres c. Turquie* ; CourEDH, 13 avril 2010, arrêt *Çaglar c. Turquie* ; CourEDH, 23 mars 2010, arrêt *S. S. Göller Bölgesi Konut Yapı Koop. c. Turquie* ; CourEDH, 23 mars 2010, arrêt *Arif Erden* ; CourEDH, 16 mars 2010, arrêt *Erkmen et autres c. Turquie* ; CourEDH, 9 février 2010, arrêt *Bölükbas et autres c. Turquie* ; CourEDH, 26 janvier 2010, arrêt *Gümrükçüler et autres c. Turquie* ; CourEDH, 26 janvier 2010, arrêt *Keçeli et Baspınar c. Turquie* ; CourEDH, 26 janvier 2010, arrêt *Pak c. Turquie* ; CourEDH, 19 janvier 2010, arrêt *Nazmi Apaydın c. Turquie* ; CourEDH, 19 janvier 2010, arrêt *Ocak c. Turquie* ; CourEDH, 12 janvier 2010, arrêt *Serpil Kaya et autres c. Turquie* ; CourEDH, 8 décembre 2009, arrêt *Öztok c. Turquie* ; CourEDH, 24 novembre 2009, arrêt *Kök et autres c. Turquie* ; CourEDH, 10 novembre 2009, arrêt *Cin et autres c. Turquie* ; CourEDH, 20 octobre 2009, arrêt *Özerman et autres c. Turquie* ; CourEDH, 20 octobre 2009, arrêt *Bozak c. Turquie* ; CourEDH, 22 septembre 2009, arrêt *Ali Tas c. Turquie* ; CourEDH, 22 septembre 2009, arrêt *Çetiner et Yüçetürk c. Turquie* ; CourEDH, 2 juin 2009, arrêt *Hacısalihoğlu c. Turquie* ; CourEDH, 21 avril 2009, arrêt *Mustafa Koçer c. Turquie* ; CourEDH, 14 avril 2009, arrêt *Karakus c. Turquie* ; CourEDH, 10 mars 2009, arrêt *Temel Conta Sanayi Ve Ticaret A.s. c. Turquie* ; CourEDH, 10 mars 2009, arrêt *Rimer et autres c. Turquie* ; CourEDH, 10 mars 2009, arrêt *Nural Vural c. Turquie* ; CourEDH, 10 mars 2009, arrêt *Satir c. Turquie* ; CourEDH, 3 février 2009, arrêt *Kalyoncu c. Turquie* ; CourEDH, 22 juillet 2008, arrêt *Köktepe c. Turquie*.

Auparavant propriétaire des terres qu'elle exploitait, la société est devenue occupante sans titre du domaine public, forcée de quitter les lieux et de verser une indemnité aux autorités pour avoir occupé le domaine sans titre. Si elle souhaitait continuer à exercer son activité dans la vallée, elle devait payer une redevance à l'État, afin de pouvoir faire un usage privatif de cette portion du domaine public.

La société s'est présentée devant les juges européens en invoquant l'article 1P1. Elle prétendait qu'en étant été privée de son bien sans que lui soit versée une quelconque somme, et en étant, au contraire, reconnue débitrice d'une indemnité au profit de l'État italien, elle a subi une atteinte disproportionnée au droit au respect de ses biens, garanti par le premier protocole additionnel à la Convention.

C. Question préliminaire – le propriétaire devenu occupant sans titre du domaine public, est-il titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1?

Au contraire des deux décisions françaises sur le domaine public maritime, dans lesquelles elle avait dû se raccrocher à l'écoulement du temps pour connaître du fond de l'affaire, la Cour identifie sans trop de difficultés un « bien » dans le chef de la requérante. En effet, cette dernière disposait d'un titre de propriété, un acte qui avait été passé par-devant notaire et qui avait fait l'objet d'une inscription dans les registres immobiliers. La requérante pouvait par conséquent se croire en situation de « *sécurité juridique* » quant à la validité de son titre⁴³.

La Cour relève par ailleurs une série d'éléments de fait qui étaient de nature à renforcer cette croyance légitime de la société italienne. Elle observe d'abord qu'il existait de longue date une pratique consistant à reconnaître des titres de propriété dans le chef de particuliers et à tolérer l'occupation et l'exploitation des vallées de pêche. Elle relève ensuite que, jusqu'en 1989, la qualité de propriétaire de la société requérante n'avait jamais été remise en cause par les autorités nationales.

Elle met également en évidence le fait que la vallée de la pêche était le « *foyer de l'activité d'entreprise* » de la société requérante et que « [j]usqu'à l'affirmation définitive de l'appartenance de la *Valle Pierimpiè* au DPM, la requérante avait l'espérance légitime de pouvoir continuer à exercer son activité »⁴⁴.

⁴³ CourEDH, 23 septembre 2014, arrêt Valle Pierimpiè società agricola S.P.A. c. Italie, § 48.

⁴⁴ CourEDH, 23 septembre 2014, arrêt Valle Pierimpiè società agricola S.P.A. c. Italie, § 50.

La Cour conclut qu'à ses yeux, « les circonstances énumérées ci-dessus, considérées dans leur ensemble, ont rendu la requérante titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du protocole n°1 »⁴⁵.

D. Au fond – qualification de l'ingérence et contrôle de proportionnalité

Sans développer davantage son raisonnement, la Cour effectue son contrôle à l'aune de la deuxième norme. Cette qualification de l'ingérence en « privation de propriété » ne nous paraît toutefois pas surprenante dans la mesure où on constate la conjonction de deux facteurs : une mesure de dépossession totale et définitive, et la titularité d'un titre de propriété non controversé en droit interne⁴⁶, source de « sécurité juridique » pour celui qui le détient.

La Cour reconnaît que l'incorporation de la vallée de pêche dans le domaine public maritime poursuivait un but légitime d'intérêt général, à savoir « préserver l'environnement et l'écosystème lagunaire » et « assurer son affectation effective à l'usage public »⁴⁷. La Cour rappelle que les autorités nationales bénéficient d'une importante marge d'appréciation quant au choix des mesures à mettre en œuvre en vue d'atteindre leur objectif.

Malgré le caractère marginal du contrôle de la Cour, l'ingérence litigieuse ne réussit pas le test de proportionnalité, en raison de l'absence d'indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur du bien. Elle rappelle qu'en matière de privation de propriété, l'absence totale d'indemnité ne se justifie *que dans des circonstances exceptionnelles*⁴⁸. C'était d'autant moins le cas en l'espèce que la société avait été privée de son outil de travail^{49 50}.

⁴⁵ CourEDH, 23 septembre 2014, arrêt *Valle Pierimpiè società agricola S.P.A. c. Italie*, § 51.

⁴⁶ C'est selon nous l'absence de ce second élément qui a justifié l'écartement de la deuxième norme dans les affaires *Depalle et Brosset-Triboulet*.

⁴⁷ CourEDH, 23 septembre 2014, arrêt *Valle Pierimpiè società agricola S.P.A. c. Italie*, § 67. Il est intéressant de constater que cet argument avait été écarté par la Cour dans son raisonnement dans les arrêts *Depalle et Brosset-Triboulet*.

⁴⁸ Voy. not. CourEDH., 8 juillet 2008, arrêt *Turgut et autres c. Turquie*, § 91 ; CourEDH, 11 octobre 2005, arrêt *N.A. et autres c. Turquie*, § 41 ; CourEDH, 15 juillet 2005, arrêt *Nastou c. Grèce (n° 2)*, § 33 ; CourEDH, 30 juin 2005, arrêt *Jahn et autres c. Allemagne*, §§ 94 et 111 ; CourEDH, 9 décembre 1994, arrêt *Les Saints Monastères c. Grèce*, § 71.

⁴⁹ Sur la privation de l'outil de travail, voy. CourEDH, 11 avril 2002, arrêt *Lallement c. France*, §§ 20-24 ; CourEDH, 26 avril 2011, arrêt *Di Marco c. Italie*, § 65 ; CourEDH, 26 juillet 2011, arrêt *Choromidis c. Grèce*, § 62.

En ne versant aucune somme à la requérante en contrepartie de la privation des droits qu'elle détenait dans la lagune, et en lui imposant, au contraire, le versement d'une indemnité, les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre le droit au respect des biens de la société requérante et l'intérêt général.

Conclusion

De cette courte étude de jurisprudence, nous pouvons relever que le droit conventionnel des droits de l'homme n'est pas sans influence sur la manière dont le gestionnaire domanial peut exercer ses prérogatives. Il nous semble que tout occupant régulier, que celui-ci dispose d'un droit personnel ou réel sur le domaine public, ainsi que tout propriétaire qui voit son bien être incorporé dans le domaine public, pourrait faire valoir devant la Cour un « intérêt substantiel » dont l'atteinte pourrait être examinée au regard d'une des normes contenues dans l'article 1P1.

Le contrôle exercé par la Cour variera en fonction de la qualification de l'ingérence litigieuse. Nous estimons que pour être examiné sous l'angle plus protecteur de la deuxième norme – qui vise les privations de propriété – le requérant devra non seulement démontrer une dépossession totale et définitive mais aussi qu'il disposait d'un titre de propriété dont il ne pouvait douter de la validité. Le rattachement de l'ingérence à l'une ou l'autre catégorie n'est pas neutre. Si la méthodologie de la Cour est sensiblement la même, qu'elle examine une privation de propriété, ou une réglementation de l'usage des biens, le contrôle de proportionnalité sera plus strict dans l'hypothèse d'une privation de propriété, en particulier en ce qui concerne l'indemnisation.

Bibliographie

- BROUANT, J.-Ph., « Occupations domaniales et Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.I.* 2002, pp. 512 et s.
- FOULQUIER, N., « La précarité des autorisations d'occupation privative du domaine public maritime et la convention européenne des droits de l'homme : une compatibilité sous réserve », *R.D.I.* 2010, pp. 389-390.

⁵⁰ La référence à l'activité économique de la société anonyme a conduit certains à se demander si la Cour aurait également retenu une violation du premier protocole si la société n'avait pas exercé d'activité dans la vallée de pêche (ORLANDINI, p. 626). Nous pensons que la conclusion de la Cour n'aurait pas été différente dans une telle hypothèse. En effet, dans les affaires turques tranchées par la Cour (voy. *infra*, notes infrapaginales 41 et 42), elle a déjà sanctionné l'absence d'indemnisation des requérants, alors même que ces derniers n'exerçaient pas d'activité commerciale.

- HOSTIOU, R., « Protection du littoral et propriété privée : la CEDH tourne le dos à la jurisprudence Depalle », *A.J.D.A.* 2014, pp. 2273 et s.
- HOSTIOU, R., « L'inaliénabilité du domaine public maritime devant la Cour de Strasbourg (arrêts Depalle et Brosset-Triboulet et autres du 29 mars 2010) », in : *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice, Limal, Anthemis, 2013.
- HOSTIOU, R., « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.* 2009, pp. 17 et s.
- LAGASSE D., « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », *Rép. not.*, t. XIV, livre 7, Larcier, Bruxelles 2008, n°141 et s.
- LECOCQ P., *Manuel de droit des biens*, t. I, Larcier, Bruxelles 2012.
- LOMBAERT, B. / DI GIACOMO O., « Les titres d'occupation du domaine public », *JurimPratique* 2015, pp. 9 et s.
- MANSON S., « De Pen er men à Strasbourg : le domaine public maritime français au miroir du droit européen des biens (à propos de CEDH Grande Chambre, 29 mars 2010, Depalle et Brosset c/ France) », *R.D.P.* 2010, pp. 1451 et s.
- NADAUD S. / MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme 2009-2010 : arrêts Depalle et Brosset-Triboulet c/ France ; Caron et autres c/ France ; Bacila c/ Roumanie ; Oluic c/ Croatie », *Revue juridique de l'environnement* 2010, pp. 657 et s.
- ORLANDINI Ph., « Le vent de Strasbourg souffle sur le domaine public maritime », *R.D.P.* 2015, pp. 621 et s.
- RENDERS D. / GORS B., « Chapitre 3 – Le régime juridique des biens de l'administration », in : *Les biens de l'administration*, Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Bruylant, Bruxelles 2014.
- VAN DAMME N., « Erfdienstbaarheden op het openbaar domein », in : *De betekenis van erfdiensbaarheden bij vastgoedtransacties*, Property Law Series, Intersentia, Mortsel 2017.
- VANDEBURIE A., *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bibliothèque de Droit Administratif, la Charte, Bruges 2013.
- VAN GARSSE S., *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking : een analyse van het openbaar en het privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Administratieve rechtsbibliotheek bijzondere reeks, La Charte, Bruges 2007.

L'essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général

Sommaire	Page
Introduction	252
I. Le polycentrisme du pouvoir de régulation	252
A. La notion de régulation	253
B. La recrudescence des autorités de régulation indépendantes	255
1. Origines et justifications	255
2. Les prérogatives de puissance publique déléguées aux autorités de régulation indépendantes	258
a) Les compétences décisionnelles	258
b) Les compétences normatives, quasi-normatives et non normatives	258
c) Les sanctions et mesures	261
C. Une régulation sectorielle	261
II. La déstructuration du droit administratif	262
A. Le double phénomène de déréglementation et de re-réglementation	262
B. Re-réglementation et le déclin du droit administratif général	263
1. La technicisation du droit administratif	264
2. La fragmentation du droit administratif	264
3. Le cloisonnement du droit administratif	265
III. Le droit administratif général comme garant de l'ordre juridique en tant que système	266
A. Les principes issus du droit administratif général	267
B. Le contrôle judiciaire des actes des autorités de régulation	269
Conclusion	271
Bibliographie	272

* Docteur en droit, professeur à l'Université de Lausanne.

Introduction

La libéralisation d'activités économiques monopolisées par les États ainsi que la volonté de ceux-ci de réformer l'administration publique sont à l'origine de nouveaux besoins de régulation. Ces derniers ont donné lieu à l'émergence d'une multitude d'autorités, pour nombre d'entre elles indépendantes et pour d'autres soumises hiérarchiquement au pouvoir exécutif. Dans la présente contribution, nous proposons d'examiner l'évolution du droit administratif dans la perspective de l'accroissement de cette régulation spécifique, largement décentralisée et indépendante.

Les autorités de régulation jouissent de prérogatives de puissance publique. Elles sont en principe dotées d'un pouvoir décisionnel soumis au contrôle judiciaire. Elles disposent également de compétences normatives et quasi-normatives (I). Il en découle une évolution du droit administratif caractérisée par une technicisation, une sectorisation et une fragmentation croissantes que seuls les spécialistes sont aptes à saisir. Avec la multiplication des régimes de droit spécial, le droit administratif se déstructure et le droit administratif général décline face aux exigences du marché et aux impératifs issus de prescriptions extérieures à l'ordre juridique. À un ordre juridique pyramidale succède la juxtaposition de droits spécifiques constituant un « réseau »¹, suivant des processus successifs de déréglementation et de re-réglementation (II).

L'évolution du droit administratif, marquée en particulier par l'essor des autorités de régulation indépendantes, participe à rompre l'unité de l'ordre juridique. La parade à un droit en réseau qui se développe de manière linéaire, sans barrière ni rapport de subordination à une norme² réside dans le maintien de l'ordre juridique au sein d'un *système*. La validité normative dépend alors de la cohérence de chacune des normes avec ce système. La réhabilitation du droit administratif général et de ses principes paraît ici incontournable, en tant que cadre et garant du système. Il intervient respectivement comme justification de la dérégulation et comme cadre de la re-régulation (III).

I. Le polycentrisme du pouvoir de régulation

La régulation accompagne l'idée d'une conception nouvelle et dynamique de l'État. Celui-ci abandonne – tout ou part – son rôle de maître du jeu économique pour se contenter d'en fixer certaines règles, dans le but de maintenir un équilibre social guidé par

¹ Nous empruntons ici la terminologie proposée par OST/VAN DE KERCHOVE (p. 23 ss) et MOOR (*Instrumentalisation du droit public*, p. 8).

² A propos de la notion de réseau, voir BAKIS, p. 8.

l'intérêt général (A). Comme le pouvoir exécutif n'est en principe pas unitaire³, la régulation étatique est partagée, voire éclatée, entre de multiples autorités administratives spécialisées dont beaucoup jouissent d'une indépendance par rapport au pouvoir politique, au gouvernement et à l'administration centrale⁴ (B).

A. La notion de régulation

La notion de régulation ne se laisse pas aisément saisir. Elle apparaît comme un concept flou et polysémique⁵ qui évoque néanmoins une approche nouvelle du rôle de l'État et de son action publique⁶. D'un État « producteur » qui s'implique directement dans la gestion des activités économiques, l'État devient « régulateur » en cela qu'il n'agit plus comme un agent économique, mais se limite à imposer des règles au marché en s'efforçant d'en harmoniser le fonctionnement et d'en éviter les dérives⁷. L'État ne se positionne alors plus en tant qu'acteur, mais en tant qu'arbitre dont le rôle consiste à aplanir les tensions au sein de la société et à fixer les règles du jeu nécessaires à la préservation d'un équilibre global.

Trois acceptions peuvent pour le moins être retenues à propos du concept de régulation⁸. De manière générale, la première acception désigne le droit lui-même ou plus précisément ses fonctions essentielles qui permettent de restreindre ou neutraliser les effets des externalités qui compromettraient l'équilibre du système. On songe au régime de concession applicable à l'utilisation de la force hydraulique en vertu de l'art. 3 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur les forces hydrauliques (LFH)⁹ ; celui-ci constitue l'instrument juridique permettant à l'autorité d'exercer *a priori* ses tâches de surveillance en matière d'utilisation des cours d'eau figurant aux art. 21 ss LFH. On mentionne également le régime d'autorisation de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) pour la mise en circulation de médicaments prêts à l'emploi, prévu à l'art. 9 de la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh)¹⁰ ; il con-

³ MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, p. 364.

⁴ Qu'elles soient indépendantes de l'administration centrale ou non, les autorités de régulation n'en restent pas moins des autorités administratives. Voir dans ce sens BIAGGINI, p. 138.

⁵ CHEVALLIER, *De quelques usages du concept de régulation*, p. 71 ; FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, p. 126. Pour une définition du Conseil fédéral, orientée sur la mise en œuvre des lois, voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7828. Pour une approche de la régulation juridique, voire également CHEVALLIER, *La régulation juridique en question*, p. 830-834.

⁶ COMMAILLE/JOBERT, p. 17.

⁷ CHEVALLIER, *La régulation juridique en question*, p. 829.

⁸ FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, p. 126.

⁹ RS 721.80.

¹⁰ RS 812.21.

siste à contrôler la conformité des médicaments à la pharmacopée et au droit communautaire¹¹.

La deuxième acception se réfère aux limites imposées à l'exercice des pouvoirs et au rééquilibrage des rapports de force ; le détenteur du pouvoir est alors tenu de suivre des règles dans l'exercice qu'il en fait. Ainsi, la régulation conduit à un certain équilibre du secteur régulé, au besoin en accordant une protection aux parties les moins influentes du système¹². Il s'agit notamment des consommateurs, pour lesquels un service postal universel est par exemple garanti aux art. 1 al. 2 et 13 al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO)¹³.

La troisième acception, plus spécifique, fait intervenir la régulation dans le contexte de l'économie de marché ; elle suppose une intervention étatique ou supra-étatique, dans l'intérêt général, afin de prévenir ou corriger les défaillances et les risques de défaillance du marché¹⁴ – le marché pouvant être un marché de service (service postal, approvisionnement électrique...) ou d'infrastructures (lignes à très haute tension, infrastructures ferroviaires...) ¹⁵. Selon le Conseil fédéral, les tâches de régulation de l'économie comprennent « toutes les activités de surveillance intervenant de manière correctrice sur le fonctionnement des marchés et leurs défaillances »¹⁶. Tel est précisément le cas, dans le domaine de l'approvisionnement en électricité, de l'objectif assigné à l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)¹⁷. La mise en œuvre de cet objectif est alors confiée à une autorité indépendante instituée par la loi (art. 21 LApEl) : la Commission de l'électricité (ElCom). C'est principalement dans le contexte de cette troisième acception de la régulation que s'inscrit la présente contribution.

¹¹ Message LPT, FF 1999 3151, p. 3190-3191.

¹² FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, p. 129.

¹³ RS 783.0.

¹⁴ FRISON-ROCHE, *Du droit de la régulation au droit de la compliance*, p. 1 ; MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, p. 39. Voir dans ce sens également GENOUD, p. 195. Cet auteur identifie trois types de régulation : les régulations techniques, économique et sociopolitique (p. 190).

¹⁵ Pour une définition, voir FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, p. 3.

¹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7828.

¹⁷ RS 734.7.

B. La recrudescence des autorités de régulation indépendantes

1. Origines et justifications

La mise en œuvre des objectifs de régulation incombe fréquemment à un régulateur indépendant¹⁸, soustrait à la subordination au gouvernement et parfois éloigné du système hiérarchique de l'administration. Les autorités de régulation indépendantes ne sont pas nouvelles en Suisse. Elles connaissent toutefois depuis un peu plus de deux décennies une multiplication¹⁹ qui répond à une quadruple cause.

En premier lieu, l'*ouverture à la concurrence – la libéralisation* – de services qui étaient antérieurement monopolisés par l'État a conduit ce dernier à troquer son rôle d'acteur économique pour celui de régulateur du secteur économique concerné²⁰. De nombreuses autorités ont été créées afin d'exercer cette nouvelle tâche. Sont principalement concernées les industries de réseaux, ainsi que certains services en réseau²¹. Ces derniers concernent notamment la poste dont la surveillance du respect du mandat légal de service universel est assurée par la Commission de la poste (PostCom) en vertu de l'art. 21 al. 2 let. e LPO. Les industries en réseau désignent les activités économiques qui supposent un réseau de transport – énergie, transports et télécommunications. En Suisse, la surveillance des tarifs de l'électricité et la surveillance du marché de l'électricité incombent à l'ElCom (art. 22 al. 2 et 3 LAPeI) ; le marché des télécommunications est soumis à la régulation de la Commission fédérale de la communication (ComCom), laquelle est tenue d'assurer un service universel pour l'ensemble de la population (art. 14 al. 1 de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications – LTC²²). Le libre accès au réseau ferroviaire est quant à lui régulé et surveillé par la Commission d'arbitrage dans le domaine des chemins de fer (CACF) instituée à l'art. 40a de la loi fédérale du 20 décembre 1997 sur les chemins de fer (LCdF)²³.

En deuxième lieu, la nécessité d'*indépendance* du régulateur par rapport aux pouvoirs politiques, à l'administration et aux entités régulées justifie l'externalisation de la sur-

¹⁸ FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, p. 129 ; MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, p. 39.

¹⁹ GILARDI/MAGETTI/SERVALLI, p. 193. Pour un panorama des autorités de régulation indépendantes en Suisse, voir STÖCKLI, p. 1242 ; BELLANGER, p. 12-18.

²⁰ Voir à ce propos BELLANGER, p. 18 ; IDOUX, p. 275.

²¹ A propos des industries en réseau et des services en réseau, voir LEHIANY, p. 27.

²² RS 784.10.

²³ RS 742.101.

veillance et du contrôle de certaines activités économiques²⁴. Il s'agit de prévenir les conflits d'intérêts et de garantir une neutralité de l'action publique par rapport aux agents économiques – afin d'éviter une certaine bienveillance, voire de la partialité²⁵. Le modèle hiérarchique de l'administration centrale peut se montrer peu ou pas approprié pour accomplir certaines tâches de l'État. Le contrôle de la mise sur le marché des produits thérapeutiques par Swissmedic institué à l'art. 68 LPT^h exige notamment une distance du pouvoir politique et des entités régulées.

En troisième lieu, la *recherche d'une efficacité et d'une efficience accrues*²⁶ s'impose comme un contexte propice à l'externalisation de tâches publiques et la création d'autorités de régulation indépendantes²⁷. Ce critère ne doit pas être confondu avec celui de rentabilité (efficacité économique) ; il se mesure à l'aune de la capacité du régulateur à atteindre les objectifs fixés par la loi et à réaliser l'intérêt public qui est y visé²⁸. L'efficacité et l'efficience justifient particulièrement le recours aux régulateurs indépendants dans les deux situations suivantes.

La *technicité* des domaines à réguler ainsi que certaines prestations fournies sur le marché – par exemple la garantie d'un service minimal²⁹ – exigent en général des connaissances approfondies du secteur économique en cause et le recours aux compétences d'experts externes à l'administration. Dans le domaine des installations électriques, l'approbation, la surveillance et le contrôle de celles qui ne relèvent pas de l'Office fédéral des transports (OFT) incombent à l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI)³⁰. La particularité de cette dernière est qu'elle constitue un service spécial d'Electrosuisse (anc. Association suisse des électriciens – ASE), une organisation professionnelle constituée en association de droit privé. Elle apparaît ainsi en tant qu'autorité administrative de régulation³¹ de droit privé. La délégation des tâches publiques repose

²⁴ MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, p. 40 et 148 ss. La justification de l'indépendance des autorités de régulation fait l'objet d'une abondante littérature. Nous citons notamment PLESSIX, N. 249 ; VARONE/INGOLD, p. 37-61 ; ECKERT, p. 629-643 ; LOMBARD, p. 147-167.

²⁵ KOVAR, p. 657.

²⁶ Nous distinguons ici l'indépendance et l'efficacité. Bien que ces deux critères soient intimement liés, ils ne se confondent pas. L'efficacité de la régulation ne dépend pas exclusivement de l'indépendance du régulateur. Voir dans ce sens HOYNCK, p. 799.

²⁷ L'efficacité se réfère aux résultats obtenus de l'action de l'autorité de régulation, en fonction des objectifs fixés ; l'efficience évoque le caractère raisonnable du coût des mesures – pour l'État – compte tenu des résultats obtenus. MOOR, *Res publicae*, p. 258 ; MOOR/POLTIER, p. 607-608. Voir également CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7817 ; IDOUX, p. 275.

²⁸ Voir à ce propos FLÜCKIGER, *Le droit administratif en mutation*, p. 94.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7800 et 7830.

³⁰ Art. 1 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 7 décembre 1992 sur l'Inspection fédérale des installations à courant fort (RS 734.24).

³¹ L'ESTI est soumise à la surveillance directe du Département des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

sur les art. 3a et 16 al. 2 let. a de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE)³². Contrairement à d'autres autorités de régulation (notamment l'EiCom avec l'art. 21 al. 2 LApEI), la loi ne consacre pas expressément l'indépendance de l'ESTI. Celle-ci dispose cependant d'un financement propre par le biais du prélèvement d'émoluments pour ses activités ; elle est au demeurant tenue d'établir sa propre comptabilité, les modalités étant réglées dans un contrat entre l'ESTI et le Département fédéral (art. 1 al. 2 et art. 6 ss de l'ordonnance fédérale sur l'Inspection fédérale des installations à courant fort³³).

La *surveillance de la sécurité* relevant de la protection de la population ou des acteurs économiques contre les dangers liés à des prestations fournies sur le marché nécessite en général un détachement de l'administration centrale³⁴. Tel est le cas de la surveillance des installations nucléaires qui échoit à l'IFSN. La régulation des *domaines pour lesquels il existe un marché*, en l'absence d'autorégulation suffisante, justifie également l'implication d'autorités indépendantes, en particulier dans des domaines où l'État agit comme l'un des agents économiques³⁵. On songe notamment à la régulation du marché de l'électricité par l'EiCom.

En dernier lieu, suivant la « stratégie du mistigri »³⁶, que l'on connaît également avec le jeu de « Pierre noir », l'État peut chercher à se défaire de la responsabilité de certaines décisions en faisant des autorités indépendantes les boucs émissaires des mécontentements de toute sorte. Un tel motif n'est jamais expressément revendiqué ; il se dissimule parfois derrière celui de l'efficacité. Bien que paraissant fort peu objectif, il est susceptible de répondre, dans certaines situations, à l'impératif du bon fonctionnement de l'État. Dans des secteurs politiquement ou socialement très sensibles, la régulation décentralisée peut être justifiée par la nécessité de préserver l'État central des retombées négatives des actes de régulation qui pourraient affecter d'autres de ses activités. Dans le domaine de la surveillance des installations nucléaires, la décentralisation permet d'éviter que le débat autour de la régulation du nucléaire en Suisse n'affecte toute l'action de l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), si elle était encore autorité de régulation.

Il apparaît néanmoins que la régulation indépendante est davantage le fruit de contraintes objectives et casuelles que d'une réelle stratégie cohérente de régulation de la part de l'État³⁷. Le Conseil fédéral a reconnu que le résultat des externalisations en Suisse est

³² RS 734.0.

³³ RS 734.24.

³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7800 et 7828.

³⁵ Voir dans ce sens BOVET, p. 63.

³⁶ JOBERT, p. 119 ss.

³⁷ Dans ce sens, voir CHEVALLIER, *La régulation juridique en question*, p. 840.

comparable à un « zoo administratif »³⁸, cette considération ne visant toutefois pas seulement les autorités de régulation indépendantes.

2. Les prérogatives de puissance publique déléguées aux autorités de régulation indépendantes

La fonction de régulation ne se situe pas en marge du droit ; elle s'exerce en recourant à divers instruments juridiques relevant de compétences souveraines décisionnelles et réglementaires³⁹. Celles-ci prennent leur source dans les lois qui instituent ces autorités et les dispositions d'organisation les concernant.

a) Les compétences décisionnelles

Les autorités de régulation disposent d'un large pouvoir de décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁴⁰. De manière générale, selon le domaine concerné, elles disposent de la faculté de créer des droits, de les modifier et les révoquer⁴¹. En substance, l'EiCom statue sur l'accès et l'utilisation du réseau électrique ainsi que la rémunération pour son usage (art. 22 al. 1 LApEl), alors que PostCom décide en matière d'accès aux cases postales (art. 6 al. 3 LPO).

Plus spécialement, certaines autorités de régulation sont habilitées à autoriser l'exercice d'une activité économique, telle la fabrication et la commercialisation de médicaments qui relèvent de la compétence de Swissmedic (art. 5 et 9 LPTh) ou l'importation de substances radioactives qui échoit à l'IFSN (art. 11 al. 2 let. c de l'ordonnance fédérale du 26 avril 2017 sur la radioprotection [ORaP]⁴²). L'ESTI approuve les plans des installations électriques à courant fort, voire faible (art. 16 LIE). La décision intervient également dans le cadre du règlement de litiges pour lequel certains régulateurs bénéficient de compétences – notamment l'EiCom (art. 22 al. 2 LApEl), la ComCom (art. 11a LTC) ou encore PostCom (art. 22 al. 2 let. c LPO).

b) Les compétences normatives, quasi-normatives et non normatives

La délégation de tâches de puissance publique à des autorités de régulation décentralisées comprend en principe un large pouvoir réglementaire, celles-ci disposant de connaissances approfondies dans les domaines à réglementer⁴³. Ces connaissances sont

³⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7816 ; BIAGGINI, p. 369.

³⁹ BOVET, p. 76 ss ; CHEVALLIER, *Autorités administratives indépendantes*, p. 148.

⁴⁰ RS 172.021.

⁴¹ La loi le prévoit parfois expressément, notamment aux art. 24e LTC et 16a LPTh.

⁴² RS 814.501.

⁴³ DUBEY/ZUFFEREY, N. 858 et 874.

parfois mises à contribution dans le cadre de l'élaboration des textes législatifs par les autorités politiques. L'art. 3 al. 3 de la loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM)⁴⁴ prévoit la participation de METAS, de même que l'art. 2 al. 2 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire à propos de l'IFSN (LIFSN)⁴⁵. La COMCO prend part aux procédures de consultation des actes normatifs de la Confédération et peut préavisier les projets d'actes législatifs cantonaux touchant à la concurrence (art. 46 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels⁴⁶).

Bien que limitée strictement⁴⁷, certaines autorités de régulation indépendantes jouissent de la compétence d'adopter des règles de droit sous la forme *d'ordonnances législatives dépendantes*. La FINMA dispose d'une délégation de compétence normative figurant à l'art. 7 al. 1 let. a de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁴⁸. Swissmedic bénéficie de diverses compétences déléguées lui permettant d'édicter, par voie d'ordonnances⁴⁹, des normes tant matérielles⁵⁰ que formelles⁵¹. La délégation peut émaner de lois au sens formel, mais également d'une ordonnance gouvernementale⁵². La ComCom trouve aux art. 11a al. 4, 24a al. 2 et 28 al. 4 LTC les bases légales de son ordonnance du 17 novembre 1997 relative à la loi sur les télécommunications⁵³. Reposant sur l'art. 24a al. 2 LTC, la commission attribue en particulier à l'office fédéral de la communication (OFCOM) la tâche d'octroyer des concessions de radiocommunications (art. 1). PostCom a édicté l'ordonnance du 30 août 2018 relative aux exigences minimales pour les conditions de travail dans le domaine des services postaux (OEMTP)⁵⁴, reposant sur la délégation de l'art. 61 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 29 août 2012 sur la poste (OPO)⁵⁵. L'EiCom dispose de la faculté de régler la procédure relative à l'accès au réseau électrique en cas de congestion du transport transfrontalier (art. 17 l. 1 LApEI).

44 RS 941.27.

45 RS 732.2.

46 LCart, RS 251.

47 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 266 ; ZUFFEREY, p. 530-533.

48 RS 956.1.

49 La compétence normative découle des 9a al. 2, 11 al. 4, 14 al. 1 et 2, 17 al. 2 et 52 al. 1 LPTh.

50 Art. 17 al. 2 LPTh avec l'ordonnance du 9 novembre 2001 de Swissmedic sur les exigences relatives aux médicaments (OEMéd, RS 812.212.22).

51 Art. 14 al. 1 LPTh avec l'ordonnance du 22 juin 2006 de Swissmedic sur l'autorisation simplifiée de médicaments et l'autorisation de médicaments fondée sur une déclaration (OASMéd, RS 812.212.23).

52 L'ordonnance du Conseil de Swissmedic du 22 juin 2006 sur la liste des dispositifs médicaux soumis à ordonnance médicale (OLDimom, RS 812.213.6) repose sur la délégation de l'art. 16 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur 17 octobre 2001 sur les dispositifs médicaux (ODim, RS 812.213).

53 RS 784.101.112.

54 RS 783.016.2.

55 RS 783.01.

De nombreux textes adoptés par les autorités de régulation décentralisées concernent l'application de la législation ou la mise en œuvre d'une politique publique. Ils constituent des actes quasi-normatifs ou non normatifs relevant du droit souple (*soft law*) ; ils ne comportent pas de règles de droit bien qu'ils puissent présenter un contenu général et abstrait. Les dispositions qui y sont formulées n'obligent pas, mais servent de modèle de référence à suivre⁵⁶ :

- Les directives (ElCom, ESTI, PostCom, METAS, COMCO), les circulaires (FINMA), les communications (ElCom, ESTI, COMCO), les commentaires (PostCom), les notes explicatives (COMCO) désignent un ensemble d'actes quasi-normatifs regroupés sous le concept d'*ordonnances administratives*. Pour beaucoup, elles ont une force interprétative de la loi lorsque celle-ci réserve à l'autorité d'application une liberté d'appréciation ou une latitude de jugement (ordonnances interprétatives)⁵⁷. Ainsi, avec la directive 2/2019 de l'ElCom du 5 mars 2019, la Commission expose les critères à prendre en compte dans le calcul des différences de couverture du réseau et de l'énergie des années précédentes.
- Les *recommandations* de PostCom, relatives aux projets de fermeture ou de transfert de points d'accès⁵⁸ constituent des actes étatiques non obligatoires et non normatifs appartenant à la catégorie des actes matériels⁵⁹. Elles consistent à vérifier le respect des dispositions mentionnées à l'art. 34 al. 5 OPO en émettant un avis et des conseils à ce propos. Le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) peut également émettre des recommandations dans son domaine d'activités, conformément aux art. 27 (surveillance des organes fédéraux) et 29 (secteur privé) de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁶⁰ ;
- L'IFSN, suite à l'accident nucléaire de Fukushima a publié un « Plan d'action » en quatre volets annuels de 2012 à 2015. Ce document vise à mettre en œuvre les enseignements de cette catastrophe de sorte à améliorer la sécurité des installations nucléaires suisses. Le plan d'action comprend des aspects sur les séismes, les marges de sécurité des centrales nucléaires suisses ou les conditions météorologiques extrêmes.

⁵⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 395 ss ; FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi*, p. 273 ss.

⁵⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 423.

⁵⁸ Art. 22 al. 2 let. f LPO. PostCom a rendu pas moins de 18 recommandations en 2018 et 26 en 2017.

⁵⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 404 ; FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi*, p. 279 ss.

⁶⁰ RS 235.1.

c) Les sanctions et mesures

Nombre d'autorités de régulation bénéficient de compétences en matière de sanctions et de mesures. Dans le domaine pénal, METAS dispose de la faculté de dénoncer des infractions auprès d'autres autorités, en vertu de l'art. 24 al. 2 LMétr. D'autres dispositions prévoient la conduite de l'instruction, voire le prononcé de jugements, notamment l'art. 57 al. 2 LIE en faveur de l'ESTI ou l'art. 22 al. 2 let. k LPO à propos de PostCom en matière de contraventions.

Dans le domaine des mesures administratives, Swissmedic dispose de vastes compétences prévues à l'art. 66 al. 1 et 2 LPTh – notamment la fermeture d'établissements ou la saisie de produits thérapeutiques. PostCom peut instruire et prononcer des sanctions administratives en vertu de l'art. 25 LPTh. L'art. 22 al. 1 LApEl autorise l'EICom à prendre les « mesures » nécessaires à l'exécution de la loi, notamment « en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays » (art. 22 al. 3 LApEl).

C. Une régulation sectorielle

L'externalisation de la surveillance du marché et de la sécurité a pour conséquence première l'éclatement institutionnel et fonctionnel de la régulation. Cette dernière s'attachant en principe à un seul secteur économique ou social particulier, la décentralisation se traduit alors par la diversité des autorités administratives et une spécialisation, voire le confinement, de la régulation. Il en résulte une forte sectorisation des autorités et des activités de régulation, accompagnée d'une certaine étanchéité entre les divers domaines de régulation. Le caractère sectoriel de la régulation limite les synergies entre autorités et restreint la coordination et les réseaux au sein de l'administration⁶¹.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'indépendance des autorités de régulation décentralisées ou leur (*hyper-*)spécialisation, l'autonomie par rapport aux pouvoirs politiques et leurs compétences technico-scientifiques s'avérant largement nécessaires. Il convient néanmoins de souligner que l'éclatement de la régulation a pour risque une perte d'homogénéité du système juridique ; l'évolution du droit administratif en est directement affectée (II ci-après). Face à un phénomène induisant une diminution de verticalité de l'ordre juridique, il importe de garantir une transversalité et une perméabilité minimale si ce n'est optimale du droit administratif (III ci-après).

⁶¹ Dans ce sens, CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7828.

II. La déstructuration du droit administratif

A. Le double phénomène de déréglementation et de réréglementation

L'éclatement du pouvoir régulateur procède à certains égards d'une *forme de désengagement de l'État*, désengagement du régulateur par rapport au marché et désengagement du pouvoir politique au profit d'autorités indépendantes⁶². Celui-ci se traduit par une certaine *déréglementation* au niveau de la loi accompagné d'une délégation de compétences du législateur fédéral, voire du gouvernement, en faveur de ces entités décentralisées.

Légitimée dans le principe de la légalité, la déréglementation est le produit de l'autonomie politique de la société visant précisément la dépolitisation⁶³ de la régulation des activités économiques en cause. Elle procède du libre choix des instances les plus politiques qui soient : le parlement et le gouvernement⁶⁴. Le désengagement de l'État ne fait pour autant pas disparaître le besoin d'encadrement et de surveillance de la sécurité et de l'économie pour éviter les risques systémiques⁶⁵. Par le jeu de la délégation de compétences, la déréglementation conduit à un mécanisme de *re-réglementation* décentralisée. Ce double phénomène de déréglementation et de re-réglementation est marqué à notre sens par trois tendances évolutives du droit administratif.

Une première tendance opère un glissement de la loi édictée par les organes politiques de la norme vers l'objectif⁶⁶ ; le Conseil fédéral a établi deux principes directeurs à ce propos, le second précisant qu'il lui appartient « d'adopter les objectifs stratégiques des entités devenues autonomes »⁶⁷. Partant, la loi ne prescrit plus l'action administrative, mais se limite à l'orienter, l'encadrer ou lui assigner des buts. Il en résulte une baisse de densité normative⁶⁸ associée à l'attribution d'un large pouvoir discrétionnaire – liberté d'appréciation et latitude de jugement⁶⁹ – aux autorités de régulation. La régulation

⁶² Dans ce sens, à propos de l'audiovisuel en Europe, ROBILLARD, p. 23.

⁶³ MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, p. 44 ss ; IDOUX, p. 278.

⁶⁴ MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 2.

⁶⁵ SAUVÉ, p. 49.

⁶⁶ A ce propos POLTIER, *La surveillance des entités décentralisées*, p. 91 ; FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi*, p. 49.

⁶⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7844.

⁶⁸ Voir à ce propos MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 4.

⁶⁹ MARTENET (*Le contrôle judiciaire et la surveillance politique*, p. 196) relève que cette latitude de jugement est compatible avec les art. 29a et 30 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). Il n'est en revanche pas certain qu'elle soit admissible au regard de l'art. 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamen-

repose alors davantage sur l'application au cas par cas des options prises par le législateur que sur un régime général et abstrait défini à l'avance. Ainsi, l'art. 11a LTC prévoit que la ComCom fixe les conditions de l'accès aux services de télécommunication lorsque les fournisseurs ne s'entendent pas, seules les formes d'accès étant mentionnées à l'art. 11 al. 1 LTC. Ainsi encore, à l'art. 9b LApEI, le législateur fédéral renonce à réglementer la planification du réseau et restreint l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) à l'établissement d'un « scénario-cadre » (art. 9a LApEI). Des exigences minimales en la matière peuvent néanmoins faire l'objet d'une réglementation de l'EiCom.

Une deuxième tendance pointe un glissement du droit dur fondé sur le principe de la légalité au droit souple édicté par les autorités de régulation – directives, circulaires, recommandations, avis... – fondé sur l'efficacité et le pragmatisme⁷⁰.

La dernière tendance fait émerger une forme de *subsidiarité* du droit administratif, dans la régulation des marchés. Elle n'est pas le fait des autorités indépendantes, mais d'une évolution plus générale du droit administratif en faveur de la corégulation et de l'autorégulation. L'État n'intervient que pour suppléer aux défaillances du marché, lorsqu'il ne peut garantir la libre concurrence, la prévention des risques, l'accès aux biens essentiels ou la protection des libertés⁷¹. Lui incombe alors de définir les conditions cadres de son bon fonctionnement, voire de prévoir une « loi Damoclès »⁷² formalisant la menace d'une compétence réglementaire des autorités de régulation. Ainsi, selon les art. 9b et 9c LApEI, l'établissement des principes de planification du réseau et leur coordination incombent aux gestionnaires de réseau eux-mêmes – autrement dit au marché. Conformément à l'art. 9b al. 3 LApEI, l'EiCom est habilitée à fixer des exigences minimales en la matière, notamment en cas de carence des gestionnaires et afin d'éviter d'éventuels abus de leur part. Le risque d'une telle tendance évolutive est d'ériger l'intérêt au fonctionnement du marché comme seule préoccupation du droit administratif et seul intérêt général à défendre, primant – voire excluant – d'autres intérêts publics et privés.

B. Re-réglementation et le déclin du droit administratif général

L'essor des autorités de régulation n'est pas sans effet sur l'évolution du droit administratif, l'affectant jusque dans son système. Le mécanisme de re-réglementation présenté au

tales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) en ce qui concerne les sanctions relevant du volet pénal de cette disposition.

⁷⁰ FLÜCKIGER, (*Re*)faire la loi, p. 229.

⁷¹ *Supra*, chap. I.A.

⁷² FLÜCKIGER, *La loi Damoclès*, p. 234.

chapitre précédent contribue en particulier à sa déstructuration par sa technicisation (1), sa fragmentation (2) et son cloisonnement (3). Le droit administratif spécial prend une ampleur inédite, alors que se profile le risque de déclin du droit administratif général.

1. La technicisation du droit administratif

Le recours aux autorités de régulation trouve notamment sa justification dans un besoin de connaissances scientifiques approfondies, relatives à des marchés et des disciplines complexes et eux-mêmes techniques⁷³. Les normes élaborées par ces autorités sont le fruit d'une réflexion et d'un choix davantage économiques et techniques que juridiques, entrepris par des spécialistes de la discipline. Le droit administratif tend alors vers une technicisation et une spécialisation accrues donnant lieu à un foisonnement de normes juridiques et de normes technico-scientifiques achevées⁷⁴. Les régulations deviennent plus pointues, parfois alambiquées, moins juridiques et souvent malaisées à saisir hors du cercle des spécialistes. L'action de l'État est par conséquent déplacée des autorités politiques à l'administration et plus encore à l'administration la plus spécialisée⁷⁵.

La technicisation des normes est en outre susceptible de conduire à une certaine harmonisation – voire uniformisation – de la régulation dans le domaine considéré, en particulier sous l'impulsion de normes techniques internationales. Ces dernières s'apparentent à des règles de droit visant à instaurer des standards que le droit interne devrait reprendre ; certains auteurs évoquent à ce titre l'apparition d'un *droit administratif global*⁷⁶. Dans le domaine de la métrologie par exemple, un Système international d'unités (SI) a été créé sous l'égide de la Conférence générale des poids et mesures⁷⁷ ; ce système détermine sept unités légales de base applicables aux 60 États membres de la Convention du Mètre et aux 42 États et entités économiques associés ; l'art. 2 al. 1 LMétr y fait directement référence. Bien que la Convention ne soit pas contraignante et directement applicable, sa mise en œuvre relève d'une nécessité pratique afin d'assurer l'intégration du marché helvétique dans le marché international.

2. La fragmentation du droit administratif

L'émergence de nouveaux domaines de régulation qu'accompagnent des autorités indépendantes se traduit par une multiplication de régimes juridiques spécifiques répondant à des enjeux pratiques ou économiques auxquels doit répondre l'administration. Cette

⁷³ *Supra*, chap. I.B.1.

⁷⁴ MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 1.

⁷⁵ Dans ce sens MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 4.

⁷⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 311 ; KINGSBURY/KRISCH/STEWART, p. 39-40 ; MOCKLE, p. 6.

⁷⁷ Art. 3 de la Convention du 20 mai 1875 relative à l'établissement d'un bureau international des poids et mesures (Convention du Mètre, RS 0.941.291).

« hyperinflation »⁷⁸ réglementaire se caractérise par l'édiction d'un abondant droit administratif spécial⁷⁹.

La dilution et la sectorisation du pouvoir réglementaire engendre une *fragmentation* du droit administratif en de multiples régimes spéciaux, propres à chaque discipline ou type de marché⁸⁰. La juxtaposition, la superposition et l'enchevêtrement de régimes juridiques a pour conséquence de substituer à la pyramide du droit, fondée sur la verticalité et la hiérarchie des relations normatives, un nouveau modèle du système juridique révélant toute sa complexité. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE le désignent par la notion de « réseau », supposant un ensemble organisé d'éléments reliés entre eux et dont les liens s'entrecroisent⁸¹.

3. Le cloisonnement du droit administratif

La spécialisation et la sectorisation du droit administratif, partant sa fragmentation, fait peser la menace du cloisonnement au sein de l'ordre juridique. Chaque domaine fait l'objet d'une régulation autonome, selon son propre appareil conceptuel et en fonction de contraintes pratiques et techniques spécifiques qui s'imposent à l'action de l'État. Le prix de l'efficacité, de l'efficacéité et du pragmatisme⁸² de la régulation des marchés par des autorités indépendantes pourrait être le recul de la perméabilité du droit administratif⁸³. À la perte de verticalité de l'ordre juridique associée à l'avènement du droit en réseau s'ajoute la perte de transversalité et d'homogénéité au sein même du réseau conduisant à l'affaiblissement général de la cohérence du système juridique. Un tel cloisonnement a été constaté, au niveau international, dans l'affaire du bœuf aux hormones. Le Groupe spécial de l'OMC n'a pas retenu la pertinence du principe de précaution ; si celui-ci a acquis le statut de principe en droit international de l'environnement, il ne fait pas partie

⁷⁸ Pour utiliser un terme emprunté à MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 1.

⁷⁹ COMTOIS-DINEL (p. 4) opère un constat similaire dans les domaines du droit international. Elle évoque alors une tendance à la « compartimentalisation » de ce dernier. Voir également FISCHER-LESCANO/TEUBNER, p. 188-190.

⁸⁰ MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 7, avec l'identification de quatre facteurs de fragmentation ; POLTIER, *L'évolution du droit administratif suisse*, p. 255-256. Dans ce sens, en France et en Belgique, OST/VAN DE KERCHOVE, p. 90-92.

⁸¹ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 23-26 et 43 ss. Voir également MOOR, *Instrumentalisation du droit public*, p. 8.

⁸² *Supra*, chap. I.B.1.

⁸³ Dans ce sens, POLTIER, *L'évolution du droit administratif suisse*, p. 256.

du droit coutumier international et ne constitue pas un principe du droit relevant de l'OMC⁸⁴.

III. Le droit administratif général comme garant de l'ordre juridique en tant que système

La technicisation et la fragmentation du droit administratif constituent une évolution qu'il n'est pas possible de combattre⁸⁵. À maints égards, il n'est pas souhaitable ni pertinent de le faire tant il est vrai que les domaines d'action de l'État se multiplient et se spécialisent, qu'ils nécessitent dans bien des domaines des connaissances techniques et scientifiques pointues et tant il est évident que les marchés ne peuvent fonctionner de manière optimale – au service des êtres humains en protégeant les acteurs du système – sans régulation spécifique extérieure et indépendante.

Faut-il dès lors s'accommoder de la lente déstructuration du droit administratif et du déclin du droit administratif général au bénéfice du droit spécial en inflation ? Faut-il se poser en observateur impavide d'une perte de cohérence plus ou moins importante du système juridique au gré d'actes de régulation sectorielle ? L'enjeu n'est à notre sens pas tant celui de la fragmentation que celui de la prévention du cloisonnement du droit administratif – autrement dit la préservation de la cohésion au sein du réseau ainsi que d'une homogénéité minimale de l'ordre juridique. Il s'agit de maintenir le droit administratif en tant que système, celui-ci se trouvant en tension entre le besoin d'une action étatique pragmatique et efficace et la nécessité d'une action globale cohérente et harmonisée.

La préservation du système ne saurait reposer sur des normes techniques et spéciales, mais sur un droit transversal reposant sur des figures juridiques préexistantes, communes à tout le droit administratif, aptes à en assurer la cohésion⁸⁶. Dans ce contexte, le *droit administratif général*⁸⁷ joue un rôle éminent en tant qu'il établit des règles générales applicables indépendamment du domaine spécifique à réguler. Ces règles permettent d'élaborer et d'interpréter de manière coordonnée les normes spéciales de régulation⁸⁸. Partant, le droit administratif général ne devrait pas être appelé à décliner, mais au con-

⁸⁴ OMC, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/R/USA – Rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, p. 233. Voir à ce propos COMTOIS-DINEL, p. 16.

⁸⁵ Dans ce sens FISCHER-LESCANO/TEUBNER, p. 192.

⁸⁶ TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, N. 25.

⁸⁷ A propos de cette notion, voir TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, N. 39-42 ; DUBEY/ZUFFEREY, N. 166 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N. 31-33.

⁸⁸ DUBEY/ZUFFEREY, N. 172.

traire à se renforcer pour constituer le ciment du « droit en réseau ». La contribution du droit administratif général se manifeste en particulier au travers de principes et d'institutions (A), ainsi que des mécanismes de contrôle des actes des autorités de régulation indépendantes (B).

A. Les principes issus du droit administratif général

Le droit administratif général permet en particulier de savoir sur quels fondements juridiques se reposent les autorités dans l'accomplissement de leurs tâches publiques et quelles limites leurs sont imposées⁸⁹. Il a pour fonction de les *orienter* dans cet exercice, par le biais d'institutions, de principes et de règles communs à la majeure partie des domaines d'action de l'État. La fonction d'orientation concerne en premier lieu le législateur au moment de créer une autorité de régulation indépendante et d'en définir le fonctionnement ainsi que le champ de compétences. Elle affecte en second lieu l'autorité de régulation elle-même dans l'exercice de ses prérogatives réglementaires et décisionnelles. Elle guide enfin le juge, lors du contrôle des actes des autorités de régulation. Le droit administratif général a également pour fonction d'*harmoniser* le droit administratif dans son application et dans la jurisprudence⁹⁰.

Parmi les figures juridiques propres à prévenir le cloisonnement du droit administratif s'imposent certains principes constitutionnels gouvernant l'ensemble de l'activité administrative⁹¹. S'agissant des autorités de régulation indépendantes, le principe de l'*intérêt public* des art. 5 al. 2 et 36 al. 2 Cst. revêt une importance cardinale. Il met en perspective leurs activités dans un contexte plus large que celui de leur seul domaine de régulation. Leurs décisions et leurs actes réglementaires, aussi sectoriels soient-ils, sont tenus de respecter et mettre en œuvre l'intérêt public visé par la loi. Ils sont toutefois susceptibles d'affecter de multiples intérêts privés et publics qu'il s'agit de ne pas occulter, mais de prendre en considération dans une pesée globale des intérêts. La réponse – pour le moins partielle – à la critique⁹² portée au caractère subsidiaire du droit administratif⁹³ s'inscrit dans cette réflexion. Alors que l'intérêt (général) au bon fonctionnement du marché paraît devenir le seul intérêt à défendre, le principe d'intérêt public et l'exigence de pesée des intérêts rappellent que d'autres intérêts privés ou publics peuvent également

⁸⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N. 38 ; DUBEY/ZUFFEREY, N. 167.

⁹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1 N. 34-35.

⁹¹ Dans ce sens BIAGGINI, p. 374.

⁹² Voir notamment FRISON-ROCHE, *Du droit de la régulation au droit de la compliance*, p. 4-5. Cette auteure constate que le droit est réduit « à une technique de gestion des externalités négatives ». Elle ajoute qu'un droit de la régulation au service des machines (du marché) « ne peut satisfaire les êtres humains ».

⁹³ *Supra*, chap. II.A.

se montrer pertinents. L'indépendance elle-même des autorités de régulation doit reposer sur un intérêt public. Elle ne constitue pas une fin en soi, mais le moyen adéquat de l'action de l'État ; il doit exister un risque effectif d'ingérences politiques et lobbyistes affectant la bonne application de la loi et l'accès non discriminatoire au marché à réguler⁹⁴.

Le principe de *proportionnalité* figurant aux art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst. joue également un rôle majeur. L'action des autorités de régulation doit être propre à atteindre le but que le législateur lui a imposé, mais pas à n'importe quel prix ; l'atteinte portée doit être dans un rapport raisonnable avec ce but. On songe notamment à PostCom lorsqu'elle est appelée à émettre une recommandation relative à la fermeture d'un point d'accès (art. 22 al. 2 let. f LPO).

D'autres principes issus du droit administratif, dépourvus toutefois de consécration constitutionnelle, peuvent à notre sens prétendre à la transversalité au sein du droit administratif ; ils présentent pour ce faire une parenté dans plusieurs domaines d'actions de l'État. On en cite ici deux.

Le *principe de transparence* suppose le droit du citoyen d'être informé et de pouvoir s'informer ; il a pour but d'améliorer les relations entre administrations et citoyens⁹⁵. On l'a vu plus haut⁹⁶, la régulation se montre en principe technique, complexe et réservée à des spécialistes ; elle apparaît opaque pour le public et par conséquent offerte à sa défiance. La transparence quant aux motifs de la création d'autorités autonomes, au choix des membres de ces autorités et quant à leurs actes est essentielle à la cohérence du système juridique, à l'unité du droit administratif⁹⁷. Comme le dit Sandrine BAUME, la transparence garantit le « bien public »⁹⁸. Elle ouvre non seulement la régulation au contrôle populaire dans des domaines socialement sensibles (service universel, installations nucléaires, protection des données...), mais favorise également la coordination entre autorités administratives⁹⁹.

Le *principe de précaution* postule qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir le dommage. Bien que ce principe ait trouvé sa consécration dans le droit de l'environnement et reste largement confiné à ce domaine¹⁰⁰, il tend à rayonner plus largement¹⁰¹. Ainsi, les autorités

⁹⁴ Dans ce sens MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 120.

⁹⁵ PASQUIER, p. xi.

⁹⁶ *Supra*, chap. II.B.1.

⁹⁷ COMTOIS-DINEL, p. 18.

⁹⁸ BAUME, p. 13.

⁹⁹ Message LTrans, FF 2003 1807, p. 1817.

¹⁰⁰ *Supra*, chap. II.B.3.

compétentes des États de l'Union européenne qui assurent la surveillance des jouets mis sur le marché doivent le faire en tenant dûment compte du principe de précaution (art. 39 et 40 de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets). En Suisse, on relève l'arrêt du 20 décembre 2018 de la Cour de droit administratif et public (CDAP) du Tribunal cantonal vaudois relatif à la conservation des surfaces d'assolement (SDA). Celle-ci retient qu'il est « justifié d'appliquer le principe de précaution et d'exiger une compensation des SDA sans tenir compte du contingent cantonal, dès lors que ce dernier n'est actuellement plus garanti de façon durable ». En tant qu'il constitue une règle générale de conduite, le principe de précaution pourrait ainsi contribuer à garantir l'homogénéité de l'action de l'administration dans la gestion des risques en présence d'incertitudes scientifiques – environnementales, mais aussi économiques ou sociales.

B. Le contrôle judiciaire des actes des autorités de régulation

Le droit administratif général englobe le domaine des actes juridiques et matériels accomplis dans l'exercice de tâches publiques, y compris la protection juridique des administrés à leur égard. Le contrôle judiciaire des autorités de régulation indépendantes et de leurs actes contribue directement à la cohésion du système juridique au travers d'autorités judiciaires communes, de règles de saisine de ces autorités et de voies de droit indépendantes du domaine de régulation considéré. Le contrôle judiciaire¹⁰² des actes d'autorités fédérales est prioritairement exercé par le Tribunal administratif fédéral. Le recours auprès du Tribunal fédéral est largement ouvert à l'encontre des arrêts de celui-

¹⁰¹ En 2000 déjà, la Commission européenne affirmait à propos du principe de précaution qu'il « appartient aux décideurs politiques, et en dernier ressort aux instances juridictionnelles, de préciser les contours de ce principe. En d'autres termes, la portée du principe de précaution est aussi liée à l'évolution jurisprudentielle, qui, d'une certaine manière, est influencée par les valeurs sociales et politiques prévalant dans une société. », COMMISSION EUROPÉENNE, p. 9.

¹⁰² Pour un exposé détaillé, voir MARTENET, *Le contrôle judiciaire et la surveillance politique*, p. 184-202. Voir également POLTIER, p. 92-94 ; TANQUEREL, *Le contrôle de l'administration*, p. 172-177.

ci, sous réserve d'exceptions prévues par la loi¹⁰³. La portée du contrôle varie néanmoins en fonction de l'acte en cause¹⁰⁴.

La voie du recours au Tribunal administratif fédéral est en général ouverte à l'encontre des *décisions* au sens de l'art. 5 PA, rendues par les autorités de régulation (art. 44 à 46 PA). La législation spéciale la prévoit parfois expressément, comme à l'art. 23 LApEI ou à l'art. 84 al. 1 LPTh.

Les *ordonnances législatives dépendantes* édictées par les autorités de régulation sont soustraites au référendum populaire selon l'art. 141 Cst. et au contrôle abstrait du Tribunal fédéral en vertu des art. 82 et 113 LTF. Elles n'échappent pour autant pas à tout contrôle puisque que toute autorité judiciaire vérifie librement leur validité, à l'occasion du contrôle de décisions les mettant en œuvre. Ce *contrôle concret* est entrepris d'office par la juridiction administrative¹⁰⁵ ; il l'est librement dans le cas des ordonnances d'exécution, mais de manière limitée dans le cas des ordonnances de substitution (art. 190 Cst.)¹⁰⁶.

Les *recommandations*, de même que les avis, les préavis, les expertises et les informations, produites par les autorités de régulation ne sont en principes pas sujettes à recours dès lors qu'elles ne constituent pas des décisions au sens de l'art. 5 PA, mais des actes matériels. Font exception les situations dans lesquelles l'acte en cause touche à des droits ou des obligations de particuliers. Ceux-ci peuvent alors, selon l'art. 25a PA, requérir de l'autorité compétente qu'elle rende une décision sujette au recours – notamment constatant l'illicéité de l'acte¹⁰⁷. Encore faut-il que l'administré dispose d'un intérêt digne de protection à obtenir une telle décision. Tel n'est en principe pas le cas lors des consultations entreprises dans le cadre d'une procédure législative. Lorsque la recommandation intervient lors d'une procédure sanctionnée par une décision entretenant une relation fonctionnelle avec elle, le recours doit être dirigé à l'encontre de ladite décision, le mécanisme de l'art. 25a PA ne pouvant être active¹⁰⁸.

¹⁰³ L'art. 83 let. p de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) déclare irrecevable les recours contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications, de radio et de télévision et en matière postale qui concernent notamment les litiges en matière d'accès (art. 11a LTC) et d'accès aux cases postales (art. 8 LPO). Sous réserve d'une question juridique de principe, sont également irrecevables les décisions en matière de droit de l'électricité qui concernent l'approbation des plans des installations électriques à courant fort et à courant faible et l'expropriation de droits nécessaires à leur construction ou leur exploitation (art. 83 let. w LTF).

¹⁰⁴ *Supra*, chap. I.B.2.

¹⁰⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 375.

¹⁰⁶ DUBEY/ZUFFEREY, N. 537.

¹⁰⁷ A propos de l'art. 25a PA, voir LARGEY, p.73 ss.

¹⁰⁸ MARTENET, *Le contrôle judiciaire et la surveillance politique*, p.186 avec les références citées.

Les *sanctions* et les *mesures* prononcées peuvent être portées par devant le juge, par voie de recours, en tant qu'elles sont concrétisées en principe par une décision. Lorsqu'elles prennent l'apparence d'actes matériels, elles peuvent faire l'objet d'une requête de décision, aux conditions de l'art. 25a PA. Celles qui revêtent un caractère civil ou pénal au sens de l'art. 6 §1 CEDH jouissent au demeurant du droit à un procès équitable¹⁰⁹.

Conclusion

Le droit administratif est un droit en perpétuel mouvement, entraîné par l'évolution de la société, des connaissances, de la technologie, de la politique ou encore du contexte international. En tant qu'il constitue le droit des activités administratives, il est appelé à intégrer les objectifs, les outils et les contraintes de disciplines non juridiques afin d'assurer la convergence du réel avec l'abstraction des normes juridiques. Son développement suppose le dialogue et la collaboration entre le juriste et le technicien, façonnant de la sorte son caractère sectoriel et technique. Les autorités de régulation indépendantes sont les témoins privilégiés de ce droit administratif qui associe les spécialistes à sa formation et son exécution et qui tend à l'éclatement en s'efforçant de suivre aussi efficacement que possible le rythme imposé par la technique et la science.

En droit positif, le droit administratif n'est que spécial, par conséquent spécifique à chacun des domaines considérés. Partant, l'ordre juridique ne peut préserver sa cohérence et sa cohésion que s'il repose sur des figures juridiques préexistantes et communes à la majeure partie du droit administratif. Ces figures sont à notre sens celles du *droit administratif général*. S'agissant des autorités de régulation indépendantes, les principes et institutions pertinentes qui en émanent devraient présider à la création des autorités de régulation, au choix de leur indépendance, à la définition et l'exercice de leurs compétences, ainsi qu'au contrôle de leurs actes. Il s'agit en particulier de prévenir le cloisonnement et d'éviter une régulation artificielle ou inflationniste fondée sur des motifs de politique partisane¹¹⁰ ou sur un effet de mode. Le droit administratif général est ainsi appelé non pas à décliner, mais à accompagner et encadrer les développements de la régulation indépendante ; l'efficacité de cette dernière ne peut qu'en tirer profit.

L'essor des autorités de régulation indépendantes laissent encore ouverts des champs de réflexion. L'un d'entre eux s'attache à la *coordination* entre les différentes autorités de régulation. Il nous paraît à cet égard que le Conseil fédéral fait quelque peu fausse route

¹⁰⁹ MARTENET, *Le contrôle judiciaire et la surveillance politique*, p.191-194 avec les références citées. Cet auteur mentionne notamment le retrait d'une autorisation d'exercer une activité ou une sanction pécuniaire de quelques centaines de francs. Voir également DREYFUSS, p. 329-330.

¹¹⁰ Voir à ce propos MÜLLER, p. 20.

en considérant *ab initio* et de manière générale que la surveillance de l'économie « ne nécessite guère de coordination » interne à l'administration¹¹¹. La pratique ne démontre-t-elle pas dans certaines circonstances le contraire ? Citons par exemple la protection des données, respectivement la concurrence, dans le domaine des télécommunications ; une coordination minimale entre les domaines d'actions et entre les autorités est nécessaire, comme l'illustrent les art. 23 al. 4 et 43 ss LTC.

Un autre champ de réflexion a trait au rapport entre les autorités de régulation et le marché, au regard du principe de l'intérêt public. On pourrait se demander si, compte tenu de l'évolution du droit de la régulation et l'émergence d'une forme de subsidiarité, les autorités de régulation ne sont pas réduites à ne jouer qu'un rôle de contre-pouvoir par rapport au marché, en réaction aux excès ou aux insuffisances de ce dernier. L'intérêt public se résumerait alors au seul bon fonctionnement du marché. N'est-il pour autant pas plus intégratif ? L'indépendance des autorités de régulation, leurs connaissances techniques et leur capacité rapide d'action devraient les amener à exercer une réelle activité souveraine en adoptant, en plus d'une fonction de surveillance, une fonction d'organisation et d'intégration du marché dans le système juridique et social.

Bibliographie

- BAKIS Henri, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris 1993.
- BAUME Sandrine, Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence, in : M. Pasquier (édit.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013, p. 3-18.
- BELLANGER François, Le phénomène des autorités administratives indépendantes, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 9-36.
- BIAGGINI Giovanni, Les autorités de régulation indépendantes – Un point de vue suisse, in : Marcou/Masing (édit.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris 2011, p. 361-378.
- BOVET Christian, Les autorités de surveillance et de régulation, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 63-84.
- CHEVALLIER Jacques, Autorités administratives indépendantes et État de droit, *Civitas europea* 2/2016, p. 143-154.
- CHEVALLIER Jacques, De quelques usages du concept de régulation, in : M. Miaille (édit.), *La régulation entre droit et politique*, Paris 1995.
- CHEVALLIER Jacques, La régulation juridique en question, *Droit et Société* 49/2001, p. 827-846.
- COMMAILLE Jacques / JOBERT Bruno, *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris 1998.

¹¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7828. *Supra*, chap. I.C.

- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution, COM(2000) 1 final.
- COMTOIS-DINEL Eve-Lyne, La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ?, *Lex-Electronica* 2006/2.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise)*, Berne 2006, FF 2006 7799.
- DREYFUSS Jean-David, Les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Étude des règles de procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction, in : Marcou/Masing (édit.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris 2011, p. 297-338.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.
- ECKERT Gabriel, L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique, *RFAP* 3/2012, p. 629-643.
- FISCHER-LESCANO Andreas / TEUBNER Gunther, Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial, *Revue Internationale de Droit Économique* 2013/1-2, p. 187-228.
- FLÜCKIGER Alexandre, La loi Damoclès, in : Bovay/Nguyen (édit.), *Mélanges Pierre Moor. Théorie du droit. Droit administratif*, Berne 2005, p. 233-248.
- FLÜCKIGER Alexandre, Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité, *RDAF* 2001 I, p. 93-119.
- FLÜCKIGER Alexandre, *(Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Définition du droit de la régulation économique, *Recueil Dalloz* 2/2004, p. 126-129.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Du droit de la régulation au droit de la compliance, in : M.-A. Frison-Roche (édit.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris 2017, p. 1-14.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les 100 mots de la régulation*, Paris 2011.
- GENOUD Christophe, Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence, *Revue internationale de politique comparée* 2004/2, p. 187-204.
- GILARDI Fabrizio / MAGETTI Martino / SERVALLI Fabio, Les autorités de régulation en Suisse, in : Ladner *et al.* (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 193-212.
- HOYNCK Stéphane, Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe, *RFAP* 3/2012, p. 791-801.
- IDOUX Pascale, Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européanisé, *Droit et société* 2/2016, p. 275-283.
- JOBERT Bruno, La régulation politique : le point de vue d'un politiste, in : Commaille/Jobert (édit.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris 1998, p. 119-144.
- KINGSBURY Benedikt / KRISCH Nico / STEWART Richard B., L'émergence du droit administratif global, *Revue Internationale de Droit Économique* 2013/1-2, p. 37-58.
- KOVAR Jean-Philippe, L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique, *RFAP* 3/2012, p. 655-666.
- LARGEY Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, *PJA* 1/2019, p. 67-77.

- LEHIANY Benjamin, *L'intégration des industries de réseaux en Europe : régulation, marché et stratégie*, Thèse Paris 2013.
- LOMBARD Martine, *Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions*, in : Marcou/Masing (édit.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris 2011, p. 147-167.
- MARTENET Vincent, *Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies*, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- MARTENET Vincent, Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 183-224.
- MOCKLE Daniel, Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global, *Les cahiers de droit* 53/1, p. 3-48.
- MOOR Pierre, Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit, *PJA* 4/2013, p. 1 ss.
- MOOR Pierre, *Res publicae, res privatae, res communes*. Mise en œuvre des tâches d'intérêt général et État de droit, *RDS* 1/2019, p. 249-268.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 2^e éd., Berne 2012.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^e éd., Berne 2011.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- MÜLLER Markus, *Droit administratif. Origine et spécificité*, Berne 2006.
- OST François / VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002.
- PASQUIER Martial, Introduction, in : M. Pasquier (édit.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013, p. xi-xiv.
- PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris 2016.
- POLTIER Etienne, La surveillance des entités décentralisées, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 67-107.
- POLTIER Etienne, L'évolution du droit administratif suisse, in : Hottelier/Randall/Flückiger (édit.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 251-258.
- ROBILLARD Serge, Les instances de régulation de l'audiovisuel en Europe, *Communication & langages* 4/1995, p. 22-32.
- SAUVÉ Jean-Marc, Compliance, droit public et juge administratif, in : M.-A. Frison-Roche (édit.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris 2017, p. 47-64.
- STÖCKLI Andreas, La surveillance politique des autorités indépendantes de régulation en Suisse, *RFAP* 4/2016, p. 1241-1256.
- TANQUEREL Thierry, Le contrôle de l'administration par les citoyens en Suisse, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 169-196.

TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2018.

TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.

VARONE Frédéric / INGOLD Karin, L'indépendance des agences nationales de régulation, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 37-61.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière – Thèse pour un état des lieux en droit suisse, *RDS* 2004 II, p. 479-611.

Justizmanagement im Rechtsstaat

Inhaltsverzeichnis

Seite

Abstract	278
I. Einleitung	278
II. Die Justiz im Kontext von Managementmodellen	279
A. Justizmanagement und Verfassungsrecht	279
B. Von der Justizverwaltung zum Justizmanagement	280
C. Entwicklungspfade des Justizmanagements	282
III. Bereichsübergreifende Forschungserkenntnisse	285
A. Justizmanagement in der pluralistischen Justizorganisation	285
B. Justizmanagement im Kontext des gewaltenteiligen Staatsverständnisses	286
C. Justizmanagement im Dienste der Rechtsprechung	287
D. Justizmanagement im Kontext zur (Medien-) Gesellschaft	289
IV. Reflexion: Die Ergebnisse im Lichte der Grundannahmen	290
V. Weiterer Forschungsbedarf	293
A. Besondere Fragen der Justizorganisation	293
B. Einsatz besonderer Kategorien von Gerichtspersonen	294
C. Umgang mit unterschiedlichen Rationalitäten	294
D. Qualität und die Frage ihrer Messbarkeit	294
E. Justiz und ihre Interdependenzen mit anderen Systemen	295
F. Ausblick: Digitalisierung	295
Literaturverzeichnis	296

* Prof. Dr. Andreas Lienhard ist Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht am Kompetenzzentrum für Public Management und am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

** Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Jurist, Verwaltungswissenschaftler und externer Projektleiter am Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern.

Die Autoren danken Tania Munz, Mitarbeiterin am Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern, für die formale Aufbereitung dieses Beitrags.

Abstract

Dieser Beitrag fasst die konsolidierten Ergebnisse des interdisziplinären Forschungsprojekts «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz» in überarbeiteter und ergänzter Form zusammen.¹ Thematisiert werden einerseits der verfassungsrechtliche Kontext des Justizmanagements und die grundsätzlichen Fragen über die Leitung und Beaufsichtigung der Gerichte. Andererseits beinhaltet der Beitrag Erkenntnisse über das Umfeld und die Ressourcen der Justiz. Angesprochen werden darüber hinaus namentlich die Qualität, die Organisation sowie das Richterbild. Der Beitrag wird mit einer Reflexion abgeschlossen, die auch den weiteren Forschungsbedarf aufzeigt.

La contribution rassemble les résultats consolidés du projet de recherche interdisciplinaire «Fondements d'un bon management de la justice en Suisse» dans une version révisée et complétée. Sont thématiques d'une part des questions fondamentales de droit public et institutionnelles sur la gestion et la surveillance des cours. On y trouve d'autre part des enseignements sur l'environnement de la justice et les ressources. Elle aborde en outre la qualité au sein des tribunaux ainsi que la thématique de l'organisation et de l'image du juge ou encore de la culture judiciaire. La contribution est accompagnée d'une réflexion incluant les besoins de recherche supplémentaires.

I. Einleitung

Etienne POLTIER diente längere Zeit als Richter an verschiedenen Gerichten im Kanton Waadt und hat auch immer wieder zu Themen der Gerichtsbarkeit publiziert.² Deshalb befasst sich dieser Beitrag mit Fragen des Justizmanagements im Rechtsstaat.

Die Justiz ist ein zentrales Element des Rechtsstaates. Die Modernisierung ihrer Organisation ist essentiell, um die Rechtsprechungsfunktion langfristig zu gewährleisten. Aber inwieweit sind moderne Managementkonzepte auf die Justiz übertragbar? Ein interdisziplinäres Forschungsteam aus sechs Universitäten hat diese Frage im Rahmen eines Forschungsprojekts des Schweizerischen Nationalfonds unter der Leitung des Kompetenzzentrums für Public Management an der Universität Bern in verschiedenen Berei-

¹ Ergänzte und aktualisierte Fassung von LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel, *Vers un management adéquat pour la justice, Les Cahiers de la Justice, Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature* 2018/1, S. 165-181, basierend auf LIENHARD/KETTIGER (2016).

² Siehe beispielsweise POLTIER (2017), POLTIER (2011).

chen untersucht.³ Dieser Beitrag fasst die Erkenntnisse des Forschungsprojekts – mit einigen aktuellen Ergänzungen – zusammen.

Dem Forschungsprojekt lagen folgende Grundannahmen im Sinne von Thesen zugrunde:

- A. Die gesellschaftlichen Anforderungen an die Justiz unterscheiden sich in der Schweiz im geografischen Kontext (Stadt-Land, Sprachregionen, etc.) erheblich.
- B. Die Gesamtorganisation, die Binnenorganisation und die Kultur der Justizbehörden in der Schweiz sind historisch gewachsen und unterscheiden sich im geografischen Kontext (Stadt-Land, Sprachregionen, etc.) erheblich.
- C. Es besteht – auch innerhalb der gleichen Justizbehörden – kein einheitliches Richterbild.
- D. Die Bewältigung von laufend steigenden Anforderungen, denen die Justiz ausgesetzt ist, erfordert mittelfristig zwingend ein Justizmanagement.
- E. Das Management von Gerichten und anderen Justizbehörden muss den besonderen gesellschaftlichen Funktionen und staatsrechtlichen Rahmenbedingungen der Justiz (dritte Gewalt) sowie der besonderen Arbeitsweise und beruflichen Prägung ihrer Angehörigen Rechnung tragen, wenn es akzeptiert und erfolgreich sein will.
- F. Obwohl die Arbeit der Justiz durch Verfahrensrecht geprägt und im Ablauf bestimmt ist, besteht in der Optimierung der Prozesse im betriebswirtschaftlichen Sinn ein Potenzial zur Optimierung der Effizienz und der Qualität der Justizarbeit.
- G. Durch Optimierung des Ressourceneinsatzes lassen sich der Output und die Qualität der Justiz steigern.

II. Die Justiz im Kontext von Managementmodellen

A. Justizmanagement und Verfassungsrecht

In der Schweiz lassen sich für die Bundesebene (d.h. für die Gerichte des Bundes) die Anforderungen für das Justizmanagement im Wesentlichen aus den nachfolgenden Verfassungsbestimmungen herleiten. Für die Anforderungen an das Justizmanagement der

³ www.justizforschung.ch (Stand: 5. November 2019).

kantonalen Gerichte bestehen ähnliche Vorgaben in den Kantonsverfassungen und im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht.

An erster Stelle zu nennen ist das *Selbstverwaltungsrecht* der Gerichte⁴, wie es für das Bundesgericht in Art. 188 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) umschrieben ist. Dieses Selbstverwaltungsrecht als wesentlicher Bestandteil der institutionellen Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit⁵ ist Berechtigung und Verpflichtung für ein funktionierendes Justizmanagement zugleich.⁶ Wesentliche Vorgabe für das Justizmanagement ist ferner das verfassungsrechtliche Gebot, die öffentlichen Mittel sparsam zu verwenden. Dieses für die Bundesebene in Art. 126 Abs. 1 BV festgelegte *Effizienzgebot*⁷ gilt nicht etwa nur für die Verwaltung, sondern ebenso auch für die Gerichte.⁸ Weil Gerichte nie so viele Ressourcen erhalten, wie es ihren Qualitätsvorstellungen entsprechen würde, ergibt sich ein fortwährender Effizienzdruck. Eine massgebliche – letztlich eigentlich die massgeblichste – Leitlinie liegt im verfassungsmässigen Gebot gemäss Art. 170 BV, die öffentlichen Aufgaben *wirksam* zu erfüllen. Das Justizmanagement soll dementsprechend ermöglichen, dass Gerichte ihre Aufgaben auch tatsächlich erfüllen können: die Gewährleistung des Rechtsschutzes, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung – und dies unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV) wie etwa des Beschleunigungsgebots.⁹ Anders ausgedrückt: Gutes Justizmanagement ist eine notwendige Voraussetzung für die Rechtsprechungsgewährleistung.

Diesen Verfassungsgrundlagen für das Justizmanagement steht im Wesentlichen die *richterliche Unabhängigkeit* als bedeutendes Verfahrensgrundrecht und zentraler Organisationsgrundsatz gegenüber, welche jede irgendwie geartete Anleitung der Rechtsprechung verbietet.¹⁰ Dem sich aus den verschiedenen Verfassungsvorgaben ergebenden Spannungsverhältnis gilt es gemäss dem Prinzip der *Einheit der Verfassung* im Sinne der *praktischen Konkordanz* zu begegnen.¹¹

B. Von der Justizverwaltung zum Justizmanagement

Der Begriff der *Justizverwaltung* wird in der deutschsprachigen Fachliteratur seit Jahrzehnten weitgehend einheitlich in folgendem Sinn umschrieben: «Justizverwaltung ist

⁴ Ausführlich zum Selbstverwaltungsrecht LIENHARD/KETTIGER (2013), insb. Rz. 13 ff.; siehe auch POLTIER (2011), S. 1020.

⁵ Vgl. LIENHARD (2010), S. 405 f.

⁶ Statt vieler TSCHANNEN (2016), § 40, Rz. 19.

⁷ Vgl. LIENHARD (2005), S. 140 ff.

⁸ Vgl. LIENHARD (2005), S. 462.

⁹ Siehe auch LIENHARD (2005), S. 468 f.

¹⁰ Vgl. KIENER (2001), insb. S. 236 f.

¹¹ Vgl. LIENHARD (2015), S. 16 f.

diejenige staatlich-behördliche Tätigkeit, die weder Rechtsetzung noch Rechtspflege darstellt und zum Zwecke ausgeübt wird, die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Rechtsprechung, als Rechtspflege durch den zuständigen Richter verstanden, in den einzelnen Gerichtsbarkeiten ausgeübt werden kann.»¹² Etwas offener (unter Auslassung der Ausschliessung von Rechtsetzung und Rechtspflege) kann die Justizverwaltung auch wie folgt definiert werden: «Es ist jene verwaltende Tätigkeit, welche die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Rechtsprechung schafft und erhält.»¹³ Diese offener Formulierte trägt unter anderem dem Umstand Rechnung, dass auch das Vorbereitungsverfahren zur Rechtsetzung Verwaltungstätigkeit sein kann. Diese Definition entspricht auch jener, die in der neueren deutschen Fachliteratur verwendet wird (dort mit engem Bezug auf die Gerichte auch als «Gerichtsverwaltung» bezeichnet).¹⁴ Die Begriffsbeschreibung orientiert sich mithin zunächst an der *Funktion*.¹⁵ Justizverwaltung in diesem funktionellen Sinn ist demnach Verwaltung im Dienste der Justiz. Das Verwaltungshandeln für die Justiz kann grundsätzlich jedem Staatsorgan obliegen.¹⁶ Die *Unabhängigkeit der Gerichte* in ihrer institutionellen Ausprägung geht indessen von der *Selbstverwaltung* der Gerichte aus, d.h. davon, dass die Gerichte die Aufgaben des Justizmanagements zu einem grossen Teil selber mit eigenen Mitteln und losgelöst von der Zentralverwaltung wahrnehmen.¹⁷ Hinsichtlich der *Sachmittel* gehören zur Justizverwaltung beispielsweise die Bereitstellung und der Unterhalt der erforderlichen Gebäude bzw. Räumlichkeiten und des Mobiliars sowie die Bereitstellung, der Unterhalt und der Betrieb der Telekommunikation und der Informatik; hinsichtlich der *personellen Ressourcen* geht es um die Personalverwaltung, die Dienstaufsicht über das Personal, die Organisation des Dienstbetriebs und die Fort- und Weiterbildung; letztlich gehört auch die *Interaktion mit anderen Stellen der öffentlichen Verwaltung* (z.B. Vernehmlassungen) und *mit der Bevölkerung* (z.B. Medien- und Öffentlichkeitsarbeit) zur Justizverwaltung.¹⁸

Die Justiz ist – wie sämtliche staatlichen Organe – einem zunehmenden *Reformdruck* ausgesetzt: Einerseits nehmen die Geschäftslast, die Komplexität der Materie sowie die Anforderungen an die Verfahren tendenziell zu und andererseits stehen dafür kaum zusätzliche Ressourcen zur Verfügung.¹⁹ Zudem lässt sich in der Schweiz eine Tendenz zu

¹² EICHENBERGER (1986), S. 32, mit weiteren Hinweisen.

¹³ KIENER (2001), S. 292 (unter Verwendung des Begriffs der «Gerichtsverwaltung»); in diesem Sinne auch LIENHARD (2009), Rz. 25 und LIENHARD/KETTIGER (2009), S. 415.

¹⁴ Vgl. WITTECK (2006), S. 16.

¹⁵ Vgl. KISS (1993), S. 85; KISS/KOLLER (2014), Art. 188, Rz. 26.

¹⁶ Vgl. KIENER (2001), S. 292; WIPFLI (2007), S. 122.

¹⁷ Vgl. statt vieler LIENHARD/KETTIGER (2013), Rz. 16 ff.; KISS/KOLLER (2014), Art. 188, Rz. 28.

¹⁸ Vgl. KIENER (2001), S. 292; WITTECK (2006), S. 16 f.

¹⁹ Vgl. LIENHARD (2005), S. 461 f.; KETTIGER (2003), S. 9 ff.; POLTIER (2011), S. 1036.

immer grösser werdenden Gerichtsorganisationen feststellen.²⁰ Dies zwingt die Justiz zur Effizienzsteigerung²¹, welche letztlich nur mittels eines gut funktionierenden Justizmanagements²² erreicht werden kann. Das blossе «Verwalten» der Gerichte genügt nicht mehr. Der frühere Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich, Rainer Klopfer, hat die Bedeutung des Justizmanagements folgendermassen ausgedrückt: «Ein Gericht als grosser Dienstleistungsbetrieb und wichtigstes Aufsichtsorgan braucht eine professionelle, effiziente Administration. Das geht nicht ohne Führung, und das verletzt die richterliche Unabhängigkeit in keiner Art und Weise, im Gegenteil. Es führt dazu, dass die Richter unter besseren Bedingungen ihrer Kernaufgabe, eben dem Richten, nachgehen können»²³.

Aus *dieser Führungsoptik* heraus verstanden entspricht der Begriff des Justizmanagements im engeren Sinn dem oben beschriebenen Begriff der Justizverwaltung und umfasst das Management *in* der Justiz. Betrachtet man die Justiz als dritte Gewalt und damit als Teil des politisch-administrativen Apparats, stellt sich zusätzlich die Frage der Steuerung der Justiz im Rahmen der Staatssteuerung. Aus dieser *Steuerungsoptik* heraus betrachtet umfasst Justizmanagement im weiteren Sinn auch das Management *der* Justiz. In dieser Publikation wird der Begriff des Justizmanagements grundsätzlich in diesem weiten Sinn verstanden.

C. Entwicklungspfade des Justizmanagements

In den 1960er und 1970er Jahren befasste sich die wirtschaftswissenschaftliche Forschung intensiv mit Management, d.h. mit der Frage der Steuerung und Führung von Unternehmen. Angestrebt wurden *theoretische Managementkonzepte*, welche sowohl der komplexen Binnenstruktur von *Unternehmen* wie auch der Einbettung in ein vielschichtiges Umfeld Rechnung tragen konnten. Diese Forschung führte neben Erkenntnissen zu Einzelfragen auch zu eigentlichen Managementmodellen. Das – zumindest im europäischen Raum – bekannteste Managementmodell, das aus diesen Arbeiten hervorging, ist das «*St. Galler Managementmodell*», welches erstmals 1972 veröffentlicht wurde.²⁴ Da

²⁰ Dies ist häufig die Folge von Reorganisationsprozessen. Die Grösse der Gerichte in der Schweiz ist im Vergleich zum Ausland aber trotzdem noch unterdurchschnittlich. So weist ein niederländisches Regionalgericht beispielsweise rund 100 Richterinnen und Richter auf.

²¹ Vgl. LIENHARD (2005), S. 461 f.; MAIER (1999), S. 2; HOFFMANN-RIEM (2001), S. 211 ff., spricht von Wahrheit, Gerechtigkeit, Unabhängigkeit und Effizienz als dem «magischen Viereck der Dritten Gewalt».

²² Ausführlich zum Justizmanagement LIENHARD (2009), Rz. 25 ff.; LIENHARD/KETTIGER (2009), S. 415 f.

²³ KLOPFER (2005).

²⁴ Vgl. ULRICH/KRIEG (1972).

sich solche integralen Managementmodelle durchsetzten, die auf einer wissenschaftlichen Grundlage basieren, wurde das Modell durch die Universität St. Gallen weitergepflegt und bildet heute unter dem Titel «Neues St. Galler Managementmodell»²⁵ eine der wesentlichen Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre. Weitere bekannte Managementmodelle sind etwa das 7-S-Modell (McKinsey 7-S-Framework)²⁶ und das 5-P-Modell (Purpose, Principles, Processes, People and Performance)²⁷.

Im Rahmen der Diskussion um New Public Management (NPM) bzw. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WoV) wurden in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre in der Schweiz spezifische *Managementmodelle für die öffentliche Verwaltung* entwickelt.²⁸ Die Entwicklung dieser Managementmodelle erfolgte aus der Erkenntnis heraus, dass eine integrale Steuerung und Führung zwar auch für die moderne Verwaltung eine Notwendigkeit darstellen, dass aber die für private Unternehmen entwickelten Modelle den besonderen Rahmenbedingungen und Aufgaben des Staatswesens nicht gerecht werden und deshalb nicht unbesehen in den öffentlichen Sektor übernommen werden können. Der Bedarf eines differenzierten eigenen Managementmodells ergab sich aufgrund deren besonderen gesellschaftlichen Stellung und Aufgaben auch für Verbände (Non-Governmental Organisations, NGO, bzw. Non-Profit Organisations, NPO).²⁹

Ungefähr gleichzeitig mit der Diskussion zu Managementmodellen für die öffentliche Verwaltung entstand auch eine Diskussion über mehr *Management in der Justiz*. In Deutschland ging sie unter anderem von einem Buch des ehemaligen Bundesverfassungsrichters Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem³⁰ aus und wurde wissenschaftlich breit und teilweise heftig geführt. Ein Managementmodell ist dabei allerdings – auch in den Ansätzen – nicht entstanden. Inwieweit die konkreten Projekte in diesem Bereich in einigen Bundesländern in ihrer Umsetzung erfolgreich waren, ist ungewiss. In der Schweiz wurde die Diskussion zum Justizmanagement primär im Rahmen der NPM- bzw. WoV-Projekte der Kantone geführt, oft aber beschränkt auf die Frage des Einbezugs der Justiz in das entsprechende neue WoV-Steuerungsmodell und damit auf die Frage *des Managements der Justiz*. Im Ergebnis sind die Gerichte heute in einigen Kantonen (z.B. Aargau, Bern, Luzern, Solothurn) in die WoV-Steuerung eingebunden. In genereller Weise wurde die Thematik des Justizmanagements indessen nur vereinzelt aufgegriffen,

²⁵ St. Galler Managementmodell 3. Generation, vgl. RÜEGG-STÜRM (2002); inzwischen abgelöst durch das St. Galler Managementmodell 4. Generation, vgl. RÜEGG-STÜRM/GRAND (2017).

²⁶ Vgl. PETERS/WATERMAN (2006).

²⁷ Vgl. PRYOR/WHITE/TOOMBS (1998).

²⁸ Vgl. THOM/RITZ (2017); SCHEDLER/PROELLER (2011).

²⁹ Diesbezüglich entstand eine Menge an Literatur: vgl. z.B. SCHWARZ (1984); TIEBEL (2006); LICHTSTEINER/GMÜR/GIROUD/SCHAUER (2015).

³⁰ Vgl. HOFFMAN-RIEM (2001).

so etwa an einer Fachtagung der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW) im Jahr 2003.³¹

International findet man insbesondere im anglo-amerikanischen Raum eine längere Tradition wissenschaftlichen Befassens mit dem Justizmanagement. So gibt es in Australien seit einiger Zeit das Australasian Institute of Judicial Administration (AIJA)³², welches sich in umfassender Weise mit Fragen des Justizmanagements auseinandersetzt. Auch in den USA sind die Forschung und die Ausbildung im Bereich des Justizmanagements seit längerem institutionalisiert, insbesondere im National Center for State Courts (NCSC)³³ und dem dazugehörigen Institute for Court Management (ICM)³⁴. Im europäischen Raum befasst sich eine Arbeitsgruppe im Rahmen der Tätigkeiten des Europarats – die European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) – mit Fragen des Justizmanagements³⁵. Dass Justizmanagement auch im europäischen Raum zunehmend zu einem aktuellen Thema wird, zeigt indessen die Gründung einer neuen, auf Justizmanagement fokussierenden Fachzeitschrift, des International Journal for Court Administration (IJCA) im Jahr 2008.³⁶

Bis heute gibt es allerdings trotz dieser verschiedenen Aktivitäten *kein integrales Managementmodell für die Justiz*.

Eine Untersuchung im Jahr 2012 zeigt den *Stand des Managements an Schweizer Gerichten* auf.³⁷ Insgesamt kann aus der Umfrage bei den oberen kantonalen und den eidgenössischen Gerichten geschlossen werden, dass *verschiedene Elemente des Justizmanagements* bereits in die Führung und Organisation der schweizerischen Gerichtsbarkeit *eingeflossen* sind. Der *Umsetzungsgrad* ist indessen ausgesprochen *heterogen*. Diese Heterogenität betrifft nicht nur die *Auswahl* der einzelnen Elemente des Justizmanagements, sondern auch deren *inhaltliche Ausgestaltung* (z.B. Zielvorgaben).³⁸

31 Vgl. KETTIGER (2003).

32 www.aija.org.au (Stand: 5. November 2019).

33 www.ncsc.org/ (Stand: 5. November 2019).

34 www.ncsc.org/Education-and-Careers/ICM-Certification-Programs/Court-Management-Program.aspx (Stand: 5. November 2019).

35 Siehe www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp (Stand: 5. November 2019).

36 Vgl. zur Aktualität der Thematik auch LANGBROEK/MAHONEY (2008), S. 1 f.

37 Vgl. LIENHARD/KETTIGER/WINKLER (2013).

38 Vgl. LIENHARD/KETTIGER/WINKLER (2013), S. 38.

III. Bereichsübergreifende Forschungserkenntnisse

A. Justizmanagement in der pluralistischen Justizorganisation

Die Untersuchungen zeigen aus mehreren Perspektiven und Disziplinen die *unterschiedlichen Rationalitäten* (bzw. «Welten») in der Justiz auf: juristische Rationalität, Managementrationalität und kaufmännisch-bürokratische Rationalität (industrielle Welt, Welt des Gemeinwesens, Welt des Marktes, häusliche/familiäre Welt).³⁹ Die grössten Divergenzen bestehen zwischen Akteurinnen und Akteuren der Rechtsprechung einerseits und Akteurinnen und Akteuren des Justizmanagements andererseits. Tendenziell stehen Personen aus der Rechtsprechung Instrumenten des Justizmanagements eher kritisch gegenüber. Allerdings ergibt die Untersuchung beim Bundesgericht, dass die Richterschaft die Bedeutung des Managements im Bundesgericht anerkennt und Managementbelange sowie auf eine Verbesserung der Rechtsprechungsprozesse ausgerichtete Reformen akzeptiert.⁴⁰ Eine gegenseitige Sozialisierung innerhalb der Gerichtsorganisation ist möglich; es lässt sich eine Hybridisierung beobachten. Dies kann mit sozialen Aktivitäten (z.B. Begegnungen) und sozialem Austausch (z.B. Foren) gefördert werden. Es kann weiter die Anforderung abgeleitet werden, dass Juristinnen und Juristen, welche Justizmanagement-Funktionen übernehmen, über eine Weiterbildung in (Public) Management verfügen sollten.

Die verschiedenen Rationalitäten und Anforderungen zwischen Justizverwaltung, Rechenschaftspflicht und richterlicher Unabhängigkeit muss auch das *Qualitätsmanagement* an Gerichten berücksichtigen. Anhand von Studien in Deutschland, den Niederlanden, Norwegen und der Schweiz wird gezeigt, dass und wie dies im Einzelnen umgesetzt werden kann.⁴¹

Ein Katalog an formellen und materiellen Kriterien soll die Ausgestaltung der internen *Gerichtsorganisation* optimieren. So wird beispielsweise vorgeschlagen, die Rechtsprechungstätigkeit von Gesamtgerichtspräsidentinnen bzw. Gesamtgerichtspräsidenten zu reduzieren sowie für bedeutende Funktionsträgerinnen bzw. Funktionsträger Stellvertretungsregelungen einzusetzen.⁴²

Ist vorgesehen, dass *Fachrichterinnen und Fachrichter* an der Rechtsprechung mitwirken, sind diverse verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Gegenstand und Umfang dieser Vorgaben hängen im Wesentlichen davon ab, welche Rolle den Fachrichterinnen

³⁹ Vgl. EICHER (2017).

⁴⁰ Vgl. DE SANTIS/EMERY (2015); EMERY/DE SANTIS (2015).

⁴¹ Vgl. LANGBROEK/WESTENBERG (2018).

⁴² Vgl. REITER (2015).

und Fachrichtern zudedacht ist. So kann hinsichtlich der Fachrichterbeteiligung namentlich zwischen Gutachterfunktion, Beraterfunktion, Vermittlerfunktion, Mediationsfunktion und Legitimationsfunktion unterschieden werden.⁴³

B. Justizmanagement im Kontext des gewaltenteiligen Staatsverständnisses

Die Schweiz kennt in relativ singulärer Weise (aber ebenso wie teilweise die USA) ein *Wiederwahlverfahren* für Richterinnen und Richter (in der Regel Parlaments- oder Volkswahl); einzig im Kanton Freiburg sind keine Wiederwahlen vorgesehen. Vor dem Hintergrund der richterlichen Unabhängigkeit ergibt sich aus mehreren Untersuchungen die Problematik eines solchen Verfahrens.⁴⁴ Ein anderes System mit fester Amtsdauer und rechtsstaatlich ausgestalteten Abberufungsmechanismen (hinreichender Rechtsschutz) könnte eine Alternative sein. Im Weiteren bestehen Erkenntnisse dahingehend, dass Professionalität und Sachkunde parlamentarischer Kommissionen für eine Wahl durch Parlamente sprechen, eine Volkswahl hingegen die Beurteilung der Unabhängigkeit der Gerichte von der Politik positiv beeinflusst.

Justizräte sind eine mögliche, aber keine notwendige Organisationsform der Aufsicht über die Gerichte, zumal eine parlamentarische Oberaufsicht ohnehin besteht. Hinsichtlich Richterwahlen kann damit eine Entpolitisierung und hinsichtlich Abberufungen ein rechtsstaatlicher Gewinn verbunden sein. Im Übrigen, insbesondere hinsichtlich des Budget- und Berichterstattungsprozesses an der Schnittstelle zwischen Justiz und Parlament, sind Justizräte grundsätzlich entbehrlich.⁴⁵

Statistiken haben für das Justizmanagement seit Anfang des 19. Jahrhunderts weitgehend unverändert eine wichtige Bedeutung als Vergleichs-, Aufsichts- und Führungsinstrument – aber auch als Vertrauens- und Legitimationsgrundlage.⁴⁶ Es besteht die Vermutung, dass Führungspersonen in der Justiz auf bestimmte quantitative Angaben angewiesen sind. Die Parlamente verlangen – insbesondere in Phasen von Vertrauenskrisen – von den Gerichten immer mehr und immer detailliertere statistische Daten.⁴⁷ Die Untersuchungen zeigen aber auch, dass statistische Erhebungen die rechtlichen Komponenten der Justizarbeit zu wenig beachten. Eine zu starke Priorisierung eines quantitativen Ansatzes führt zu einer eingeschränkten Perspektive des Gerichtswesens. Als Antwort auf eine solche Priorisierung wird öfters Widerstand der Richterschaft beobachtet. Gerichts-

⁴³ Vgl. RÜEFLI (2018).

⁴⁴ Vgl. BIERI (2017), S. 113 ff.; POLTIER (2011), S. 1036, sprach dieses Problem auch bereits an.

⁴⁵ Vgl. FREY HAESLER (2017), S. 277 f.

⁴⁶ Vgl. AERSCHMANN (2017).

⁴⁷ Vgl. AERSCHMANN (2017).

statistiken sind hinsichtlich personalisierter Daten von Richterinnen und Richtern Grenzen gesetzt; diese ergeben sich im Wesentlichen aus dem Persönlichkeitsschutz (Datenschutz) und in bestimmten Konstellationen (wenn die Rechtsprechungsfunktion in sachfremder Weise beeinflusst werden könnte) aus der richterlichen Unabhängigkeit.⁴⁸ Bereits seit dem 19. Jahrhundert werden indessen eine Vereinheitlichung und damit eine bessere Vergleichbarkeit von Gerichtsstatistiken angestrebt.

Bezüglich des *Justizorganisationsrechts* ergeben sich – vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips – folgende neue Erkenntnisse:

- Die Grundzüge der *Spruchkörperbildung* bedürfen einer hinreichenden Abstützung in einem Rechtserlass. Einerseits muss die Zuweisung von Fällen an einen bestimmten Spruchkörper abstrakt geregelt und nachvollziehbar sein (Grundsatz des gesetzlichen Richters), andererseits erfordern auch Abweichungen von dieser Zuweisung – diese bedürfen eines sachlichen Grunds – im Einzelfall einer klaren Regelung. Das Bundesgericht befasste sich im Jahr 2018 mehrmals mit der Spruchkörperbildung und kam dabei zu weitgehend gleichen Ergebnissen.⁴⁹
- Der Inhalt der *Geschäftsberichte* der Gerichte – insbesondere der zwingende Mindestgehalt – sollte in einem Rechtssatz festgelegt sein.

C. Justizmanagement im Dienste der Rechtsprechung

Gemäss überwiegender Auffassung soll das Justizmanagement dem *effektiven Rechtsschutz* (insbesondere dem Anspruch auf einen zeit- und sachgerechten Entscheid in einem fairen Verfahren) dienen. Diese Auffassung lässt sich bis in das 19. Jahrhundert zurückverfolgen.⁵⁰ Dabei kommt der Verfahrensgeschwindigkeit ein herausragender Stellenwert zu. Insofern besteht zwischen Justizmanagement und Rechtsschutz kein grundsätzliches Spannungsverhältnis. Hinsichtlich einzelner Teilbereiche kann es indessen Gegensätzlichkeiten geben:

- Justizmanagement bewegt sich im institutionellen *Spannungsverhältnis zwischen Rechenschaftspflicht (accountability) und Schutz der Unabhängigkeit (independence)*. Das Optimum an effektivem Rechtsschutz wird dann erreicht, wenn die beiden Prinzipien sich in der Balance befinden. Insofern schliessen

⁴⁸ Dazu ausführlich BIERI (2017); vgl. auch LIENHARD/KETTIGER (2011).

⁴⁹ Vgl. KETTIGER (2018) sowie insb. BGE 144 I 70; die Verwendung von Computer-Programmen zur automatischen Spruchkörperbildung ist zulässig (Entscheid der Verwaltungskommission 12T_3/2018 vom 22. Mai 2018 E. 2.2).

⁵⁰ Vgl. AERSCHMANN (2017).

sich Justizmanagement und richterliche Unabhängigkeit nicht grundsätzlich aus.

- Justizmanagement bewegt sich im *Spannungsverhältnis zwischen Quantität und Qualität der Justizleistung*. Rasche Urteile (im Sinne des Beschleunigungsgebots) und viele Urteile (im Sinne der Effizienz) stellen nicht per se auch formell (im Sinne der Verfahrensgarantien) und materiell (im Sinne der materiellen Richtigkeit) gute Urteile dar. Auch hier gilt es durch Management eine Balance zwischen den divergierenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu finden.⁵¹

Eine systematische *Geschäftslastbewirtschaftung* ist als Element des Justizmanagements verfassungsrechtlich geboten (insb. Rechtsschutzanspruch, Beschleunigungsgebot, Rechtsgleichheit)⁵²; dies gilt insbesondere für grössere Justizbehörden mit mehreren Abteilungen. Dabei ist allerdings der Persönlichkeitsschutz (Datenschutz) der Richterschaft zu wahren und es ist darauf zu achten, dass die richterliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt wird. Für *Geschäftslaststudien* zeigen sich drei Methoden als zielführend: Messung mittels Zeiterfassung, Schätzung mittels schriftlicher Umfrage oder Delphi-Befragung oder Methodenkombination. Die quantitativen Erhebungen der Arbeitslast bedürfen ergänzender qualitativer Analysen, idealerweise einer Kombination mit einer Organisationsanalyse. Die erhobenen Werte der Arbeitslast sind periodisch zu aktualisieren, soweit sie nicht ohnehin permanent erfasst werden. Bei Geschäftslaststudien und im Rahmen der Geschäftslastbewirtschaftung muss überdies dem Aspekt der Qualität der Rechtsprechung (Verfahrens- und Urteilsqualität) hinreichende Beachtung geschenkt werden.

Angehörige der Justiz befürworten qualitativ gutes Arbeiten in der Rechtsprechung und damit auch die *Qualitätsentwicklung* im Justizbereich. Auf der anderen Seite stehen sie traditionellen betriebswirtschaftlichen Qualitätsmanagementsystemen (insbesondere Total Quality Management, TQM) skeptisch gegenüber. Qualitätsentwicklungs- und -sicherungssysteme für Gerichte müssen deshalb den besonderen Eigenheiten und Anforderungen der Justiz Rechnung tragen. Die Eigeninitiative der Justiz ist dabei ein wichtiger Faktor. In diesem Sinne entstehen Qualitätsentwicklungsinstrumente mit qualitativem Ansatz wie etwa Qualitätszirkel oder Standortgespräche.

Dem *Wissensmanagement* im Allgemeinen und dem Wissensaustausch unter den Richterinnen und Richtern im Besonderen kommt für eine konsistente Rechtsprechung – und damit für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit – hohe Bedeutung zu. Wider Erwarten hat

⁵¹ POLTIER (2011), S. 1025, führt dazu Folgendes aus: «Le juge doit faire un usage effectif de cette indépendance et ne pas céder au conformisme».

⁵² Vgl. MÜLLER (2016), S. 267.

die Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) als Wissensmanagement-Instrument nur dann eine Unterstützungsfunktion, wenn die Richterinnen und Richter ohnehin bereit sind, ihr Wissen zu teilen.⁵³ Massgeblich für einen erfolgreichen Wissensaustausch sind vor allem soziale Faktoren, insbesondere das Bestehen eines sozialen Netzes und gegenseitiges Vertrauen innerhalb des Gerichts.⁵⁴

D. Justizmanagement im Kontext zur (Medien-) Gesellschaft

Es bestehen in der Schweiz im Hinblick auf das *Selbstverständnis der Justiz* nur wenige und eher schwach ausgeprägte *sprachregionale Unterschiede*. In der Westschweiz ist beispielsweise die Offenheit in Bezug auf das Justizmanagement geringer als in der Deutschschweiz. Demgegenüber wird in den Westschweizer Kantonen der richterlichen Unabhängigkeit ein höheres Gewicht beigemessen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sich nur in den Westschweizer Kantonen das Aufsichtsmodell mit Justizräten findet.

Insgesamt ist das *Vertrauen* der Bevölkerung in die Gerichte (des Bundes und der Kantone) hoch.⁵⁵ Bei der Einschätzung des Vertrauens und stärker noch bei der Einschätzung der Gleichbehandlung durch die Gerichte und bei der Beurteilung der Unabhängigkeit der Gerichte lassen sich je nach Kanton deutliche Unterschiede in den durchschnittlichen Beurteilungen erkennen.

Von der *Transparenz* über die Justiztätigkeit durch Statistiken ist die Transparenz über die Gerichtstätigkeit durch Öffentlichkeit der Urteile zu unterscheiden. Diese ist nicht nur verfassungsrechtlich geboten, sondern scheint ebenfalls die Legitimation und das Vertrauen in die Justiz zu erhöhen. Es ist umstritten, wieweit die Gerichte Urteile im Internet zugänglich machen sollen,⁵⁶ und es bestehen diesbezüglich Unterschiede in der kantonalen Praxis.⁵⁷

Die Untersuchung bestätigt, dass der Kommunikation der Gerichte in zweifacher Hinsicht eine wesentliche Bedeutung zukommt:

- Eine professionelle *Kommunikation nach aussen* bezüglich der Rechtsprechungstätigkeit aber auch bezüglich organisatorischer Belange erhöht die

⁵³ Vgl. TAAL (2016), S. 127 ff.

⁵⁴ Vgl. TAAL (2016), S. 127 ff.

⁵⁵ SCHWENKEL (2014), S. 6; ausführlich zum Vertrauen in die Justiz SCHWENKEL (2016); seit 2012 sind die Werte des Vertrauensindex konstant hoch bzw. leicht ansteigend, vgl. SZVIRCSEV TRESCH *et al.* (2018), S. 88.

⁵⁶ Vgl. HÜRLIMANN (2014); THURNHERR (2019).

⁵⁷ Vgl. HÜRLIMANN/KETTIGER (2018).

Transparenz und stärkt damit das Vertrauen in die Justiz. Durch eine proaktive Kommunikation lässt sich teilweise auch einer negativen Medienberichterstattung zur Gerichtstätigkeit und damit einer Schwächung des Vertrauens entgegenwirken.

- Eine *adäquate Kommunikation nach innen* kann das Vertrauen innerhalb der Gerichte stärken und damit zu einer Hybridisierung der Rationalitäten sowie zum verstärkten Wissensaustausch beitragen.

IV. Reflexion: Die Ergebnisse im Lichte der Grundannahmen

Das Projekt ging beim Beginn von *Thesen* aus (nachfolgend in kursiver Schrift wiedergegeben).⁵⁸ Es gilt somit, die Forschungsergebnisse auch im Lichte dieser Grundannahmen zu reflektieren.

Grundannahme A: Die gesellschaftlichen Anforderungen an die Justiz unterscheiden sich in der Schweiz im geografischen Kontext (Stadt-Land, Sprachregionen, etc.) erheblich.

Bei Befragungen von Personen ausserhalb der Justiz wurden primär das Vertrauen in die Justiz und Einschätzungen bezüglich der Unabhängigkeit der Gerichte und der Gleichbehandlung durch die Gerichte abgefragt. Die Anforderungen, welche die Gesellschaft bzw. unterschiedliche gesellschaftliche Gruppen an die Gerichtsbarkeit stellen, wurden nur vereinzelt und indirekt erhoben. Mithin lassen sich keine gefestigten Aussagen zu dieser Grundannahme machen. Hinsichtlich der gesellschaftlichen Anforderungen und Ansprüche an die Justiz besteht weiterhin Forschungsbedarf.

Erhärtet festgestellt werden kann, dass die schweizerische Bevölkerung die Gerichte unterschiedlich oft in Anspruch nimmt. Die Kantone unterscheiden sich deutlich hinsichtlich des Anteils Personen, die Kontakte mit den Gerichten hatten. Während in Genf 44 Prozent angeben, bereits mit einem Gericht zu tun gehabt zu haben, liegt dieser Wert im Kanton Zug bei nur 14 Prozent – die Inanspruchnahme gerichtlicher Leistungen ist in den französischsprachigen Kantonen deutlich höher als in den deutschsprachigen Kantonen, die italienische Schweiz liegt im Mittelfeld.⁵⁹

Weiter bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich – zumindest bezogen auf das Bundesgericht – die Anforderungen an eine gute Justiz im Laufe der Zeit nicht verändert haben. Zudem gibt es Anhaltspunkte, dass gerichtsexterne Akteurinnen und Akteure der Justiz

⁵⁸ Siehe I.

⁵⁹ Vgl. SCHWENKEL/RIEDER (2014), Rz. 20 f.

(z.B. Anwältinnen und Anwälte, akkreditierte Medienschaffende) hinsichtlich der Serviceleistungen von Gerichten noch Optimierungspotenzial orten, dies namentlich auch hinsichtlich Transparenz und Kommunikation.

Grundannahme B: Die Gesamtorganisation, die Binnenorganisation und die Kultur der Justizbehörden in der Schweiz sind historisch gewachsen und unterscheiden sich im geografischen Kontext (Stadt-Land, Sprachregionen, etc.) erheblich.

Entgegen den Grundannahmen bestehen in der Schweiz im Hinblick auf das Selbstverständnis der Justiz nur wenige und eher schwach ausgeprägte sprachregionale Unterschiede. Es gilt allerdings, diese Forschungsergebnisse in vertiefenden Studien noch zu verifizieren.

Als Ergebnis zeigt sich weiter, dass der historischen Dimension der Justizkultur und des Justizmanagements bisher zu wenig Beachtung geschenkt wurde. Es konnte aufgezeigt werden, dass das Effizienzdenken und die Statistiklastigkeit der Rechenschaftsberichte («Legitimation durch Zahlen») ihre Wurzeln im 19. Jahrhundert haben und durch die Kultur des schweizerischen politischen Systems geprägt sind.⁶⁰

Grundannahme C: Es besteht – auch innerhalb der gleichen Justizbehörden – kein einheitliches Richterbild.

Die Untersuchungen zeigen, dass innerhalb der und zwischen den in der Rechtsprechung tätigen Personengruppen der Gerichte (Richterinnen und Richter, Gerichtsschreibende) weitgehend einheitliche Rationalitäten vorherrschen, gleiche Grundwerte geteilt werden und dementsprechend auch ein einheitliches Selbstbild besteht. Akteurinnen und Akteure der Rechtsprechung einerseits und Akteurinnen und Akteure des Justizmanagements andererseits weisen aber erkennbar unterschiedliche Rationalitäten auf und teilen andere Grundwerte hinsichtlich «guter Justiz».⁶¹ Die gerichtsinterne Kultur ist mithin oft hybrid,⁶² was sich noch verstärken dürfte (Durchdringung der Kulturen).

Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich an grösseren Gerichten bezogen auf Abteilungen oder Standorte Subkulturen bilden.

Grundannahme D: Die Bewältigung von laufend steigenden Anforderungen, denen die Justiz ausgesetzt ist, erfordert mittelfristig zwingend ein Justizmanagement.

Es zeigte sich verschiedentlich, dass die Justiz eines Managements bedarf und dass bestimmte Managementinstrumente die Rechtsprechungsfunktion der Gerichte (als «Kerngeschäft» der Justiz) unterstützen können. Gleichzeitig besteht die überwiegende Auffas-

⁶⁰ Vgl. AERSCHMANN (2017).

⁶¹ Vgl. DE SANTIS/EMERY (2015); EMERY/DE SANTIS (2015).

⁶² Vgl. EICHER (2017), S. 112 ff.

sung, dass Justizmanagement primär oder ausschliesslich dem effektiven Rechtsschutz dienen soll.⁶³ Die Erkenntnis, dass bestimmte Fragestellungen des Justizmanagements bereits im 19. Jahrhundert bestanden, wirft die Frage auf, ob der Ruf nach vermehrtem Justizmanagement nur auf den gegenwärtigen raschen Wandel von Gesellschaft und Technologie⁶⁴ sowie die grösseren Reorganisationen in der schweizerischen Justiz der letzten Jahre zurückzuführen ist oder ob nicht auch in der Justiz – wie in jeder Organisation – ein bestimmtes Mass an adäquatem Management eine organisationale Grundanforderung darstellt.

Bestimmte Elemente bzw. Instrumente des Justizmanagements – beispielsweise die Geschäftslastbewirtschaftung – sind nicht nur sachlich erwünscht, sondern verfassungsrechtlich geboten.⁶⁵

Grundannahme E: Das Management von Gerichten und anderen Justizbehörden muss den besonderen gesellschaftlichen Funktionen und staatsrechtlichen Rahmenbedingungen der Justiz (dritte Gewalt) sowie der besonderen Arbeitsweise und beruflichen Prägung ihrer Angehörigen Rechnung tragen, wenn es akzeptiert und erfolgreich sein will.

Diese Grundannahme wurde verschiedentlich und aus der Sicht unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen bestätigt; präzisierend gilt es anzumerken, dass sie sich nicht nur auf das Management von Gerichten, sondern auch auf das Management in Gerichten bezieht.

Grundannahme F: Obwohl die Arbeit der Justiz durch Verfahrensrecht geprägt und im Ablauf bestimmt ist, besteht in der Optimierung der Prozesse im betriebswirtschaftlichen Sinn ein Potenzial zur Optimierung der Effizienz und der Qualität der Justizarbeit.

Die Forschungsarbeiten befassten sich in verschiedener Weise mit Konzepten und Instrumenten, die der Optimierung der Kern-, Management- und Unterstützungsprozesse an den Gerichten und damit der Optimierung der Justizgewährleistung dienen können – von der Geschäftslastbewirtschaftung bis zu Qualitätssystemen. Die Arbeiten beschränkten sich aber weitgehend darauf, das theoretische Potenzial und die notwendigen Anpassungen des betriebswirtschaftlichen Instrumentariums an die besonderen Anforderungen der Justiz aufzuzeigen. Die Wirksamkeit von Instrumenten des Justizmanagements hinsichtlich der Prozessoptimierung wurde nicht untersucht. Diese Grundannahme muss somit in der näheren Zukunft durch Evaluationen ex post noch verifiziert bzw. falsifiziert werden.

⁶³ Vgl. KETTIGER (2003), S. 9 ff.

⁶⁴ Vgl. KETTIGER (2003), S. 9 ff.

⁶⁵ Vgl. MÜLLER (2016), S. 267.

Grundannahme G: Durch Optimierung des Ressourceneinsatzes lassen sich der Output und die Qualität der Justiz steigern.

Es besteht zwar aus einer theoretischen Sicht die Vermutung, dass diese Grundannahme stimmen könnte; aber auch hier gilt es die Grundannahme durch Evaluationen des Managementinstrumentariums ex post zu verifizieren bzw. zu falsifizieren.

V. Weiterer Forschungsbedarf

A. Besondere Fragen der Justizorganisation

Ausgestaltung der kantonalen Gerichtsorganisation: Eine spezifische Analyse der Ausgestaltung der kantonalen Gerichtsorganisation sowie der Aufsicht und daraus ableitbare Grundlagen für eine Angleichung der Best Practice könnten für die Entwicklung des Justizmanagements weiterführend sein. Von besonderem Interesse dürfte dabei die Frage sein, ob bzw. ab welcher Grösse Gerichte in Abteilungen und Kammern unterteilt werden sollen.⁶⁶

Justizräte: Justizräte sind in der Schweiz eine relativ junge Institution und es bestehen kaum Erfahrungen hinsichtlich der Wirkungsweise und der Wirkungen von Justizräten. Insbesondere stellt sich auch die Frage, ob sich die Legitimation der Gerichte durch Justizräte optimieren lässt. Die Wirkungsweise von Justizräten im schweizerischen Justizsystem bedarf deshalb einer umfassenden und rechtsvergleichenden Evaluation.

Ablauforganisation: Die bisherigen Forschungsarbeiten befassten sich schwergewichtig mit der Aufbauorganisation der Gerichte. Die Kenntnisse über die Abläufe (Kernprozesse, Managementprozesse, Unterstützungsprozesse) sind noch relativ bescheiden. Von besonderem Interesse könnten beispielsweise Forschungsarbeiten im Bereich Case (Flow) Management⁶⁷ oder Justice Chains (beispielsweise polizeiliche Ermittlung → Staatsanwaltschaft → Gerichte)⁶⁸ sein. Interessant wären in diesem Zusammenhang ferner Forschungsarbeiten hinsichtlich der Bezüge zwischen Organisations-, Prozess- und Ergebnisqualität.

⁶⁶ Vgl. POLTIER (2011), S. 1030 ff.

⁶⁷ Siehe dazu das Case Management Handbuch der Europäischen Gemeinschaft, www.lut.fi/web/en/european-caseflow-management-development-network/caseflow-management-handbook (Stand: 5. November 2019) sowie LIENHARD/KETTIGER, *Caseflow Management* (2018).

⁶⁸ Erste Recherchen in diese Richtung wurden von den Autoren bezüglich der Staatsanwaltschaft durchgeführt (KETTIGER/LIENHARD [2016]).

B. Einsatz besonderer Kategorien von Gerichtspersonen

Fachrichtereinsatz: Bisher nur wenig erforscht ist der Nutzen des Fachrichtereinsatzes für die Qualität der Rechtsprechung.

Einzelrichtereinsatz: Es besteht ein Trend zum vermehrten Einsatz von Einzelrichterin-
nen und Einzelrichtern. Es fehlen aber Kenntnisse über die Auswirkungen des Einzel-
richtereinsatzes, namentlich hinsichtlich der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Weiter
zu klären wäre auch, ob und gegebenenfalls wie gross der Effizienzgewinn durch Einzel-
richtereinsatz ist.

Einsatz von Gerichtsschreibenden: Ein grosser Teil der Arbeitslast der Gerichte wird
durch Gerichtsschreibende bewältigt. Es stellen sich mithin verschiedene juristische und
verwaltungswissenschaftliche Fragen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsteilung,
namentlich auch die Frage des Einsatzes von Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschrei-
bern, insbesondere des optimalen Verhältnisses der Anzahl Gerichtsschreibenden pro
Richterin bzw. Richter.⁶⁹

C. Umgang mit unterschiedlichen Rationalitäten

Bildungsforschung im Bereich der Justizakteurinnen und Justizakteure: In der Justiz
tätige Personen sehen sich nicht nur mit verschiedenen Rationalitäten (Welten), sondern
auch mit besonderen beruflichen Anforderungen konfrontiert. Es stellt sich daher die
Frage, welche Befähigungen dies erfordert und was dies für die Aus- und Weiterbildung
von Gerichtspersonen bedeutet.

D. Qualität und die Frage ihrer Messbarkeit

Leistungsmessung und -beurteilung: Die Frage ob und gegebenenfalls wie Leistungen
der Gerichte bzw. ihrer Akteurinnen und Akteure gemessen und beurteilt werden können,
ist erst in Ansätzen erschlossen. Während es gewisse Vorstellungen über quantitative
Indikatoren gibt, besteht namentlich Unklarheit darüber, was qualitativ ein sogenannt
«gutes Urteil» ist.⁷⁰

*Wirkungsweise von unterschiedlichen Ansätzen der Qualitätssicherung und
-entwicklung:* Es bestehen grundsätzlich kaum vergleichende wissenschaftliche Studien
zur Wirksamkeit von Qualitätsentwicklungs- und -sicherungssystemen; dies gilt insbe-

⁶⁹ Siehe dazu die Problematisierung durch BIERI (2016); vgl. POLTIER (2011), S. 1029.

⁷⁰ In diesem Sinne auch THURNHERR (2019), S. 152 ff.

sondere für die Justiz. Es wäre eine Studie zu konzipieren, mit welcher die Wirksamkeit von Managementansätzen und «weichen» Ansätzen zur Verbesserung der Qualität verglichen wird.

E. Justiz und ihre Interdependenzen mit anderen Systemen

Auswirkungen der Justiztätigkeit auf die Wirtschaft und Gesellschaft: Über die Bezüge zwischen Justizmanagement und guter Justiz einerseits sowie wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklung andererseits ist noch wenig bekannt. Sowohl hinsichtlich der Datengrundlagen als auch hinsichtlich der Methodik stellen sich in diesem Forschungsfeld besondere Herausforderungen.

Gerichtbarkeit und Anwaltschaft: Sowohl das Berufsbild der Gerichtspersonen wie auch das Berufsbild der Anwältinnen und Anwälte sind im Wandel. In der Schweiz noch wenig erforscht ist die Interaktion zwischen Anwaltschaft und Gerichtspersonen. Aus der Sicht der Qualität interessiert die Akzeptanz der Justiz bei der Anwaltschaft. Aus einer breiteren Sicht des Justizmanagements könnte interessieren, ob nicht generell durch die Ausgestaltung der Interaktionsprozesse (beispielsweise hinsichtlich eJustice) ein Qualitäts- und Effizienzgewinn resultieren könnten.

F. Ausblick: Digitalisierung

Seit dem Beginn und der Durchführung des vorstehend beschriebenen Forschungsprojekts ist die Digitalisierung der Gesellschaft und insbesondere die Digitalisierung in der Justiz erheblich fortgeschritten.⁷¹ In den nächsten Jahren wird der Gesetzgeber aller Voraussicht nach eine Digitalisierung der Gerichtsverfahren vorschreiben (Justitia 4.0).⁷² Die grundlegenden Erkenntnisse des Forschungsprojekts sind dadurch nicht oder jedenfalls nicht kurzfristig betroffen.

Nach dem heutigen Stand der Diskussion gehört mindestens auch jener Teil der Informatik zur Justizverwaltung im engeren Sinn, der in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtsprechung steht, so insbesondere Geschäftsverwaltungssysteme (z.B. Juris, Tribuna).⁷³ Einerseits stehen die darin enthaltenen Programme und Daten in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Spruchfähigkeit,⁷⁴ andererseits haben solche modernen Systeme einen Einfluss auf die methodische Herangehensweise an Rechtsfälle.⁷⁵ Im

71 Vgl. beispielsweise GARBAUER (2017).

72 Vgl. TSCHÜMPERLIN (2018); MEYER/BÜHLER (2019); MACHLEIDT LEHMANN (2019).

73 Vgl. LIENHARD/KETTIGER (2013), Rz. 15.

74 Vgl. SCHOLZ (2012), S. 160.

75 Vgl. SCHOLZ (2012), S. 159 f., mit Hinweisen.

Weiteren lassen bestimmte Administratorenrechte den Zugriff auf Daten zu, die eine indirekte Beaufsichtigung von Richterinnen und Richtern ermöglichen. Dieser Teil der Justizverwaltung wird künftig im Justizmanagement neue und erweiterte Fragen aufwerfen.

Literaturverzeichnis

- AERSCHMANN Stephan, *Von der Macht der Zahlen. Justizielle Wissensproduktion und Gerichtsorganisation im Kanton Luzern (19.–21. Jahrhundert)*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 14, Bern/Baden-Baden/Wien 2017.
- BIERI Peter, *Bearbeitung von Daten über Richterinnen und Richter*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 13, Bern/Baden-Baden/Wien 2017.
- BIERI Peter, Law Clerks In Switzerland – A Solution To Cope With The Caseload?, *IJCA*, 7 (2) 2016, S. 29-38.
- DE SANTIS Lorenzo G. / EMERY Yves, Quels freins cultures au management de la justice en Suisse?, in: Emery/De Santis/Hertig (Hrsg.), *Peut-on manager la justice?*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 2, Bern/Baden-Baden/Wien 2015, S. 53-90.
- EICHENBERGER Kurt, Justizverwaltung, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), *Festschrift für den Aargauischen Juristenverein – 1936-1986*, Aarau 1986, S. 31 ff.
- EICHER Angela, *Schweizer Gerichte im Spannungsverhältnis multipler Logiken – eine neue Führungsherausforderung illustriert am Beispiel des Bezirksgerichts Zürich*, St. Gallen 2017.
- EMERY Yves / DE SANTIS Lorenzo G., Court managers and judges about «good justice»: Their main expectations and how they fit with the perceptions of the Swiss population, in: Emery/De Santis/Hertig (Hrsg.), *Peut-on manager la justice?*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 2, Bern/Baden-Baden/Wien 2015, S. 9-50.
- FREY HAESLER Mirjam E., *Aufsicht über die Justiz*, Neue Literatur zum Recht (NLR), Basel 2017.
- GARBAUER Miriam, E-Justice – Vision einer modernen Justiz, *Jusletter IT* 18. Mai 2017.
- HOFFMAN-RIEM Wolfgang, *Modernisierung von Recht und Justiz*, Frankfurt a.M. 2001.
- HÜRLIMANN Daniel, Publikation von Urteilen durch Gerichte, *sui-generis* 2014, S. 82–100, Rz 3, <https://doi.org/10.21257/sg.8>, 2014.
- HÜRLIMANN Daniel / KETTIGER Daniel, Zugänglichkeit zu Urteilen kantonaler Gerichte: Ergebnisse einer Befragung, *Justice - Justiz - Giustizia* 2018/2.
- KETTIGER Daniel, Die aktuelle Bundesgerichtspraxis zur Spruchkörperbildung, *Justice - Justiz - Giustizia* 2018/4.
- KETTIGER Daniel, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage – Entwicklungen – Thesen, in: Kettiger (Hrsg.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, Bern 2003, S. 9-32.
- KETTIGER Daniel / LIENHARD Andreas, The Position of the Public Prosecution Service in the New Swiss Criminal Justice Chain, in: Hondeghem/Rousseaux/Schoenaers (Hrsg.), *Modernisation of the Criminal Justice Chain and the Judicial System*, Cham 2016, S. 51-64.

- KIENER Regina, *Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001.
- KISS Christina, *Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft*, Basel 1993.
- KISS Christina / KOLLER Heinrich, Kommentar zu Art. 188 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- KLOPFER Rainer, Vom Richter zum Justizmanager, *Neue Zürcher Zeitung* vom 20. Juni 2005, S. 35.
- LANGBROEK Philip M. / MAHONEY Barry, The Importance of Effective Court Administration, *IJCA*, 1(1) 2008, S. 1-2.
- LANGBROEK Philip M. / WESTENBERG Mirjam, *Court Administration and Quality Work in Judiciaries in Four European Countries, Empirical Exploration and Constitutional Implications*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 9, Bern/Baden-Baden/Wien 2018.
- LICHTSTEINER Hans / GMÜR Markus / GIROUD Charles / SCHAUER Reinbert, *Das Freiburger Management-Modell für Non-Profit-Organisationen*, 8. Aufl., Bern 2015.
- LIENHARD Andreas, Die bernische Gerichtsbarkeit auf dem Weg zur Selbstverwaltung, in: Herzog/Feller (Hrsg.), *Festschrift 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 401-436.
- LIENHARD Andreas, Leistungsbeurteilung in der Justiz, Verfassungsrechtliche Auslegung und Gedanken zur Ausgestaltung, in: Stadelmann/Gass/McCombe (Hrsg.), *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung, Die Beurteilung richterlicher Tätigkeit im Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit im europäischen Vergleich*, Zürich/St. Gallen 2015.
- LIENHARD Andreas, Oberaufsicht und Justizmanagement, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/1.
- LIENHARD Andreas, *Staats- und Verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz*, Bern 2005.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel, Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten, *ZBl* 8/2009, S. 413 ff.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel, Keine Absage an ein zeitgemässes Justizmanagement, *Justice - Justiz - Giustizia* 2011/2.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel, Selbstverwaltung der Gerichte: Erkenntnisse Auslegung von § 112 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/3.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel, Vers un management adéquat pour la justice, *Les Cahiers de la Justice, Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature* 2018/1, S. 165-181.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel (Hrsg.), *Innovations on European Caseload Management in Courts*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 12, Bern/Baden-Baden/Wien 2018 (zit.: LIENHARD/KETTIGER, *Caseload Management* [2018]).
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat, Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 5, Bern/Baden-Baden/Wien 2016.
- LIENHARD Andreas / KETTIGER Daniel / WINKLER Daniela, *Stand des Justizmanagements in der Schweiz*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 1, Bern/Baden-Baden/Wien 2013.
- MACHLEIDT LEHMANN Michaela, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendungen/Ausblick, *Justice - Justiz - Giustizia* 2019/1.
- MAIER Patrick, *New Public Management in der Justiz*, Bern/Stuttgart/Wien 1999.

- MEYER Ulrich / BÜHLER Jacques, *Das Projekt Justitia 4.0, Justice - Justiz - Giustizia* 2019/1.
- MÜLLER Andreas, *Rechtlicher Rahmen für die Geschäftslastbewirtschaftung in der schweizerischen Justiz*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 8, Bern/Baden-Baden/Wien 2016.
- PETERS Thomas J. / WATERMAN Robert H., *In Search of Excellence*, New York 2006.
- POLTIER Etienne, *Le juge du contentieux et ses pouvoirs*, in: Renders/Morand-Deville/Paques/Priet (Hrsg.), *Le contentieux de l'urbanisme en Europe: colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme, Liège, 18-19 septembre 2015*, Les Cahiers du GRIDAUH, Band 30, Paris 2017, S. 57-76.
- POLTIER Etienne, *L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux*, *AJP/PJA* 8/2011, S. 1018-1036.
- PRYOR Mildred Golden / WHITE J. Chris / TOOMBS Leslie A., *Strategic quality management: A Strategic, System Approach to Continuous Improvement*, Houston 1998.
- REITER Catherine, *Gerichtsinterne Organisation: Best Practices*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Nr. 237, Zürich/Basel/Genf 2015.
- RÜEFLI Anna, *Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 15, Bern/Baden-Baden/Wien 2018.
- RÜEGG-STÜRM Johannes, *Das neue St. Galler Management-Modell: Grundkategorien einer integrierten Managementlehre, der HSG-Ansatz*, Bern 2002.
- RÜEGG-STÜRM Johannes / GRAND Simon, *Das St. Galler Management-Modell, Wissenschaftliche Grundlagen und Praxisbeispiele*, 3. Aufl., Bern 2017.
- SCHEDLER Kuno / PROELLER Isabella, *New Public Management*, 5. Aufl., Bern 2011.
- SCHOLZ Bernhard J., *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der IT-Ausstattung der Justiz*, *DRiZ* 2012, S. 158 ff.
- SCHWARZ Peter, *Erfolgsorientiertes Verbands-Management*, St. Augustin 1984.
- SCHWENKEL Christof, *Confidence in Alternative Dispute Resolution: Experience from Switzerland*, *IJCA* 6 (1), 2014, S. 1-17.
- SCHWENKEL Christof, *Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 11, Bern/Baden-Baden/Wien 2016.
- SCHWENKEL Christof / RIEDER Stefan, *Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung: Resultate einer Bevölkerungsbefragung in 26 Kantonen*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/1.
- SZVIRCSEV TRESCH Tibor *et al.*, *Sicherheit 2018*, Zürich 2018.
- TAAL Sandra, *Working separately together, A quantitative study into knowledge sharing behaviour of judges*, Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 10, Bern/Baden-Baden/Wien 2016.
- THOM Norbert / RITZ Adrian, *Public Management, Innovative Konzepte zur Führung im öffentlichen Sektor*, 5. Aufl., Wiesbaden 2017.
- THURNHERR Daniela, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, *ZSR* 138 (2019) II, S. 101-199.
- TIEBEL Christoph, *Management in Non-Profit-Organisationen*, München 2006.
- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016.
- TSCHÜMPERLIN Paul, *Die Gerichte auf dem Weg zum elektronischen Dossier, Eine Standortbestimmung*, *SJZ* 114 (2018) Nr. 13, S. 313 ff.
- ULRICH Hans / KRIEG Walter, *Das St. Galler Management-Modell*, Bern 1972.

WIPFLI Hans, Justizielle Selbstverwaltung, in: Schindler/Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 115-131.

WITTRECK Fabian, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Jus Publicum, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 143, Tübingen 2006.

Transparence administrative et accès à l'information en Suisse et dans le monde

Sommaire

Page

Introduction	301
I. Le développement des lois d'accès à l'information	303
II. Caractéristiques des lois d'accès à l'information	306
III. Résistances et obstacles à la mise en œuvre des lois d'accès à l'information	310
A. Entraves à la mise en œuvre	310
B. Résistances de l'administration	311
C. Éléments de contexte et nouvelles exceptions	312
IV. Étude de cas : obstacles et résistances en Suisse	312
A. Entraves à la mise en œuvre	313
B. Résistances de l'administration	314
C. Éléments de contexte et nouvelles exceptions	315
Conclusion	316
Bibliographie	317

Introduction

Soutenue par de nombreux acteurs nationaux, internationaux et de la société civile, motivée par la volonté de réduire l'asymétrie informationnelle entre les autorités et la population, et considérée de manière croissante comme un droit fondamental, la transparence administrative ne rencontre presque plus d'opposition, tant le concept est positivement connoté. Ce développement à l'échelle mondiale est accompagné par l'évolution technologique et l'émergence de la technoculture, présupposant que la transparence, comprise comme la mise à disposition massive d'informations auprès du « grand public », fournit un remède à tous les problèmes et défis posés par la conduite des affaires de l'État. Cette affirmation trouve sa justification dans la nécessité de renforcer le contrôle et la respon-

* Professeur assistant, Faculté Solvay Brussels School, Université libre de Bruxelles.

** Professeur à l'Institut de hautes études en administration publique, Université de Lausanne.

sabilité des gouvernants et de l'administration, en éliminant le principe antagoniste du secret. Dans cette perspective, l'opacité permet et encourage parfois les pratiques de corruption, empêche la formation de l'opinion publique et le jugement éclairé des citoyens sur les agissements de leurs représentants (BENTHAM, 1999 [1791]).

La révélation de certains scandales et le phénomène de surexposition ajoutent au développement technologique et au droit de regard un côté plus « spectaculaire ». DEAN (2001, p. 624) prétend à cet égard que la transparence (ou publicité) est devenue un élément central dans l'organisation de toute démocratie et dans l'essor de ce qu'elle appelle l'« *infotainment society* ». En dépit de ce constat, lié aux évolutions récentes et aux tendances actuelles, la transparence puise ses racines doctrinales et forge sa légitimité dans la seconde moitié du XVIII^e siècle en Europe (BAUME, 2011). Dans un contexte marqué par la contestation de la monarchie absolue, l'exigence de transparence se fonde sur le rejet de l'opacité, de l'arbitraire politique et du tout-puissant secret d'État, fomenté dans les arcanes du pouvoir (*arcana imperii*). Le projet de transparence oppose à ce dernier une législation rationnelle, basée sur la raison. Pour HABERMAS (1997 [1962], p. 63), « tout ce qui relève de la loi [...] comporte une rationalité qui y est inhérente et où convergent la justesse et la justice ». En ce sens, il affirme que la publicité est un outil au service d'une législation cherchant avant tout à s'imposer par la raison. Il faut encore noter que si plusieurs philosophes influents du XVIII^e siècle ont rédigé des plaidoyers en faveur de la transparence ou de la publicité, ils ont mis en exergue différents arguments, insistant par exemple sur la moralité, la notion de contrôle ou encore le sentiment de l'honneur (BAUME, 2011).

Ces interprétations diverses préfigurent la multiplicité des approches adoptées dans les études plus contemporaines sur la transparence, considérée aujourd'hui comme un principe incontournable de bonne gouvernance, un pilier fondamental voire un principe directeur du fonctionnement de nombreuses organisations dans plusieurs domaines. Ainsi, le concept fait l'objet d'une attention particulière dans des disciplines aussi variées que la médecine, l'économie, le droit, les sciences politiques et sociales, ou encore le management. Dans le cas présent, nous nous intéressons à une forme particulière de la notion de transparence et à son évolution au cours des dernières décennies : les lois d'accès à l'information, plus connues sous le terme de *Freedom of Information (FOI) laws* dans les pays anglo-saxons ou appartenant au *Commonwealth*. La Suisse fera ici l'objet d'une analyse plus approfondie, dans une logique descriptive prenant en compte la genèse, les caractéristiques, l'évolution, les opportunités et les défis relatifs aux différentes lois fédérale et cantonales sur le principe de la transparence dans l'administration.

I. Le développement des lois d'accès à l'information

De manière générale, la forme moderne de l'accès à l'information puise son inspiration dans le Siècle des Lumières et la Renaissance en Europe occidentale. WORTHY (2017) démontre que le droit du public d'accéder aux documents découle, de façon quelque peu contre-intuitive, plutôt des institutions elles-mêmes que d'une véritable lutte citoyenne. Le succès rencontré par la transparence auprès des gouvernements s'explique par la volonté de renforcer la crédibilité et ainsi la légitimité de leurs actions. Cette forte valeur symbolique, renvoyant à ce qui est désormais considéré comme « moralement acceptable » (GUSFIELD, 1967, p. 177), explique la popularité de la notion de transparence. Il devient dès lors extrêmement difficile, pour les gouvernants, de faire machine arrière en raison des idéaux mis en avant et du signal extrêmement fort lancé en direction de la population, qui exige par conséquent un niveau de responsabilité plus élevé de la part de leurs représentants. De plus, l'accroissement du nombre de lois d'accès à l'information dans le monde s'inscrit aussi dans un environnement global, où les États subissent une pression grandissante de la part de leurs citoyens et l'influence des pays ayant déjà adopté une telle législation (pour l'exemple de l'Inde, voir SHARMA, 2015). Il convient par exemple de relever que plusieurs d'entre eux se calquent sur des modèles existants, en se focalisant sur des codes de « bonnes pratiques » et en les adaptant au contexte national.

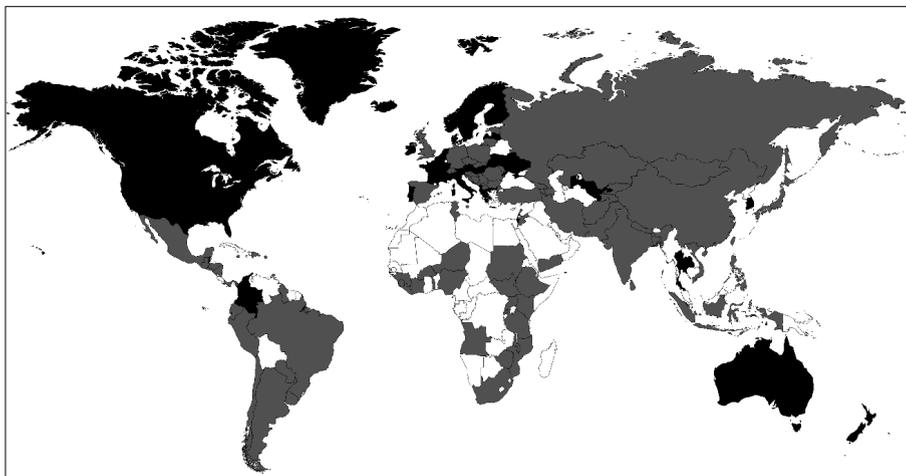
En dépit de la concentration des écrits sur le cas des États-Unis et plus globalement sur certaines anciennes colonies britanniques (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande), la première loi d'accès à l'information a été adoptée en Suède dès 1766, près de 200 ans avant le FOIA américain. La loi fondamentale sur la liberté de la presse (ou *Tryckfrihetsförordningen*) incluait alors le droit d'accès à l'information, en tant que « condition du droit de publier des opinions et des documents » (JONASON, 2016, p. 1). L'introduction de cette nouvelle législation a été largement inspirée par les travaux de Peter Forsskål et Anders Chydenius, qui ont à cette époque fortement soutenu l'idée d'un public « éclairé » et le principe général de la liberté civique des individus. En ce sens, Chydenius a par exemple lourdement insisté sur la nécessité d'abolir complètement la censure de nature politique (MANNINEN, 2006). Cette loi a évidemment subi plusieurs transformations et ne s'est imposée pleinement et de façon irréversible que dans les années 1990. Son influence s'est étendue à d'autres contextes, dont l'Union européenne (UE). Lors des négociations relatives au Traité d'Amsterdam, c'est ainsi que le principe du droit d'accès aux documents des institutions européennes a été adopté à la demande de la Suède (ZILLER, 2014).

Au-delà de l'exception suédoise, il est possible de dégager certaines tendances propres au développement des lois d'accès à l'information. Elles ont dans un premier temps émergé en dans les pays nordiques et dans plusieurs États membres du Commonwealth, suivant une réflexion sur la réconciliation entre « les principes de redevabilité de West-

minster avec le droit à l'information » (HAZELL, 1989, p. 189). Elles ont été pour la plupart adoptées dans les années 1970 et 1980, sauf dans le cas de la Finlande (en 1951) et des États-Unis (entrée en vigueur en 1967). Les processus qui ont influencé le passage des lois d'accès à l'information diffèrent selon les trajectoires et les caractéristiques des pays concernés. Toutefois, quelques facteurs similaires peuvent être relevés : les efforts déployés (et souvent intéressés) par les acteurs politiques et par les organisations non-gouvernementales, les aspects culturels, ainsi que le poids du contexte national, régional ou international (MABILLARD, 2018a). Ces lois représentent par exemple un moyen de sécuriser l'accès à l'information sur le long terme ou d'endommager l'image et/ou la crédibilité d'adversaires politiques, particulièrement dans un système bipartisan. Pour Tony Blair, le *FOI Act* britannique a ainsi procuré un « avantage politique irréprouvable » (WORTHY, 2017, p. 187). En Irlande, la législation a pu être mobilisée par le gouvernement réformiste pour laisser un héritage (*legacy*) lié aux droits acquis par les citoyens durant son mandat. Pour prendre un dernier exemple, le passage d'une loi d'accès à l'information dans un pays est plus susceptible de se produire quand des États voisins possèdent déjà une telle législation, comme dans le cas de la Serbie (BERLINER, 2014).

La transparence étant devenue une priorité pour de nombreux gouvernements, de plus en plus de pays ont adopté une loi d'accès aux documents administratifs au cours des dernières années. En 2014, le Paraguay est ainsi devenu le 100^e État à s'être doté d'une telle législation. Bien que les méthodes de comptage divergent, en raison principalement de l'hétérogénéité des textes adoptés et des pratiques de mise en œuvre, nous pouvons clairement observer une explosion du nombre de pays ayant adopté une loi d'accès à l'information au début du XXI^e siècle. Il est ainsi passé de 27 avant l'an 2000 à 119 États au 31 décembre 2017 (voir Illustration 1 ci-dessous). La grande majorité d'entre eux appartient aux continents sud-américain, asiatique et, dans une moindre mesure, africain (MABILLARD, 2018b). Quelques pays européens se sont néanmoins dotés d'une législation sur le principe de transparence au cours de cette période, dont le Royaume-Uni (entrée en vigueur en 2005), l'Allemagne (en 2006) et la Suisse (en 2006), qui fera l'objet d'une étude plus approfondie dans la suite de ce chapitre.

Illustration 1. Les lois d'accès à l'information dans le monde, par période (1766-2017)



- Pays où une loi d'accès à l'information est en entrée en vigueur avant 2000
- Pays où une loi d'accès à l'information est en entrée en vigueur après 2000
- Pays où aucune loi d'accès à l'information n'est entrée en vigueur à fin 2017

Dans le cas de la Suisse, la Loi sur le principe de la transparence dans l'administration¹ (LTrans) a été adoptée le 17 décembre 2004 au niveau fédéral. Elle est ensuite entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Le passage de la LTrans fait suite à de nombreux travaux préparatoires, qui ont débuté dans les années 1980 (MEILLAND, 2013). En effet, l'élaboration d'un projet de loi sur la transparence des activités de l'administration avait déjà été proposée par une commission d'experts dès 1982. Par la suite, deux motions ont été déposées, donnant lieu à la constitution d'un groupe de travail en 1986 et à un examen de leur rapport trois ans plus tard par la Chancellerie fédérale, qui a jugé qu'un projet de loi n'était pas nécessaire à ce stade. Un nouveau groupe de travail sur cette question a été créé en 1991, suivant la volonté du gouvernement dans son programme de législature 1991-1995, de se rapprocher des citoyens par le biais d'une plus grande transparence de ses activités. En parallèle, plusieurs postulats, émanant de parlementaires en faveur d'une plus grande ouverture de l'administration, appelaient à l'introduction du principe de transparence au plan national. A la fin des années 1990, suivant l'élaboration d'un avant-projet de loi par l'Office fédéral de la justice, un dernier groupe de travail a mené les travaux préparatoires relatifs à la mise en œuvre du principe de transparence (MEILLAND, 2013).

¹ Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 17 décembre 2004 : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20022540/201408190000/152.3.pdf>.

En raison du système fédéraliste qui caractérise la Suisse, les entités infranationales sont libres d'adopter leurs propres lois, applicables à leurs administrations cantonales et communales. En dépit de la diversité des cantons et des communes suisses, ainsi que de l'hétérogénéité des moyens et ressources à disposition au niveau local, seuls quelques cantons n'ont pas encore adopté de loi sur l'accès à l'information. Il s'agit de Glaris, Nidwald et Obwald, Lucerne, Thurgovie et Appenzell Rhodes-Intérieures. Dans les Grisons, la loi ne s'applique qu'à l'administration cantonale, les communes n'étant pas soumises à celle-ci. Enfin, dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, la loi sur l'information est entrée en vigueur en 1996, mais le droit de consulter des documents doit être motivé par « un intérêt prouvable et légitime », propre à un certain groupe de personnes (en particulier les journalistes)². Ainsi, le principe central de fonctionnement demeure le secret des actes administratifs. Dans une démarche plus chronologique, il est intéressant de noter que le premier canton à avoir légiféré sur la transparence est Berne, où l'utilisation illégale de fonds publics par le gouvernement pour financer des groupes antiséparatistes (affaires des « caisses noires ») a précipité le vote sur la Loi sur l'information du public³ en 1993, entrée en vigueur deux ans plus tard.

Ces lois cantonales sont caractérisées par une grande diversité sur plusieurs points : lien ou non avec la protection des données, formulation des objectifs, définition des bénéficiaires, organisations soumises à leur application ou encore exceptions fixées par le législateur. Elles dénotent toutefois la reconnaissance croissante du principe de transparence en tant un droit incontesté dans la grande majorité des cantons. Elles s'inscrivent également dans la tendance plus générale qui considère la transparence comme un pilier de la bonne gouvernance (ARMSTRONG, 2005).

II. Caractéristiques des lois d'accès à l'information

Il est possible d'aborder la question des lois d'accès à l'information, et plus spécifiquement d'expliquer leur émergence, selon différentes perspectives. STUBBS (2011) indique ainsi quatre démarches principales :

- *Laundry list*. Selon le principe décrit par HOOD (2006), cette approche se fonde sur l'ensemble des facteurs qui permettent d'inventorier les raisons pour lesquelles ces lois se sont développées dans divers contextes.

² Voir sur le blog de *loitransparence.ch* : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/francais/les-cantons/appenzell-rhodes-exterieures/>.

³ Loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public (Loi sur l'information, Lln ; RSB 107.1) : <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/31?locale=fr>.

- *Reform advocate*. Cette approche plus normative rend compte des « progrès » réalisés en la matière. Elle est mobilisée par l'OCDE et plusieurs organisations non-gouvernementales (ONGs) dans leurs campagnes de promotion du droit d'accès à l'information.

- *Single issue*. Cette catégorie se focalise en particulier sur un facteur explicatif, comme les mesures anti-corruption, l'influence des organisations de la société civile ou encore la compétition pour le pouvoir politique.

- *Explanation*. La perspective explicative se concentre sur les dynamiques institutionnelles, politiques ou historiques pour tenter de démontrer empiriquement quelles sont les dimensions les plus importantes à considérer lors du passage d'une loi d'accès à l'information.

Cette dernière perspective étant relativement peu utilisée et jamais à large échelle, nous nous inscrivons ici dans l'approche de la *laundry list*. Celle-ci possède l'avantage de prendre en compte des contextes divers, tout en mettant en exergue certaines similitudes et influences propres à l'adoption des lois d'accès à l'information. Le premier point commun concerne l'implication des acteurs politiques dans le processus. Essentielle, elle permet à ceux-ci de s'assurer un accès à l'information sur le long terme et d'augmenter leur niveau de « capital moral » en raison de la forte portée symbolique (BIRCHALL, 2014). Parfois, la réforme menant l'État à accroître son niveau de transparence résulte aussi d'engagements pris par les acteurs politiques à la suite d'un scandale ou de pressions internes (BERLINER, 2014). Cette remarque met en évidence toute l'importance du contexte. Ensuite, le contenu des lois d'accès à l'information comporte un certain nombre de sections propres à chaque législation : y sont spécifiés les pouvoirs des organes en charge de la surveillance et/ou de la médiation, la liste des exceptions, la définition d'un document, les délais à respecter pour l'administration, et le champ d'application de la loi. Tous ces éléments, qui peuvent prendre des formes différentes, se retrouvent dans toutes les lois d'accès à l'information. Ils sont influencés par la culture administrative, le système politique en place, le contexte social et plus globalement les pressions internationales. A cet égard, il est intéressant de noter que l'UE compte parmi ses critères d'adhésion l'impératif de transparence, qui pèse ainsi sur les pays candidats.

Toujours au niveau international, un certain nombre de classements et d'initiatives jouent également un rôle dans l'adoption de pratiques plus transparentes au sein des États, pour la plupart occidentaux. Il convient ici de relever plus particulièrement le Partenariat pour un Gouvernement Ouvert⁴, qui assemble autorités gouvernementales et membres de la société civile. Chaque pays s'engage à suivre un plan d'actions établi à la suite d'une consultation publique. Plusieurs d'entre eux font spécifiquement référence à la loi

⁴ Partenariat pour un Gouvernement Ouvert : <https://www.opengovpartnership.org/>.

d'accès à l'information dans leur plan d'actions (accroître la connaissance de la population, améliorer la plateforme informatique, fournir un bilan et des statistiques plus détaillés, etc.). En sus de cette initiative multilatérale qui a débuté en 2011, deux ONGs, *Access Info* et le *Centre for Law and Democracy*, ont créé un classement mis à jour périodiquement : le *RTI Rating*⁵. Celui-ci se base sur des critères relatifs au cadre juridique, regroupant 61 indicateurs. Il met ainsi en tête des États dont les règles sont plus fortes sur le papier, comme la Serbie, l'Albanie ou le Sud-Soudan, tout en classant la Suisse et l'Afghanistan ex aequo à la 69^e place sur 110 pays classés, l'Autriche fermant la marche. Les experts en charge de ce classement reconnaissent toutefois que leur approche ne permet pas de mesurer l'accès à l'information et plus globalement le niveau de transparence pour une raison d'une extrême importance : la mise en œuvre concrète de ces lois sur le terrain n'est pas prise en compte dans le *RTI Rating*, alors même que celle-ci est centrale au fonctionnement effectif de la loi et, de manière plus générale, au renforcement de la bonne gouvernance (ACKERMAN/SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006). De plus, le respect de la loi ou *compliance*, également fondamental (MICHENER, 2011), n'est pas pris en compte dans le *RTI Rating*. Il demeure très difficile de mesurer cet élément, qui a néanmoins fait l'objet de certaines études récentes, par le biais d'expériences de terrain visant à tester le niveau de réactivité et l'efficacité des lois d'accès à l'information (voir PIÑEIRO RODRÍGUEZ/ROSSEL, 2018).

Les difficultés relatives à la mise en œuvre résultent d'une part de problèmes liés à la capacité administrative, et d'autre part aux obstacles propres à l'accès aux documents du point de vue des usagers (HOLSEN/PASQUIER, 2012). Les principaux problèmes liés aux ressources insuffisantes de l'administration concernent en premier lieu la culture du secret et le manque de *leadership*, des difficultés qui ont été observées suite au passage de la loi dans de nombreux pays, dont le Canada (HAZELL, 1989) et le Royaume-Uni (HAZELL *et al.*, 2010). S'ajoutent à cela des ressources techniques, humaines et/ou financières insuffisantes dans certains cas, une formation inadaptée à cette nouvelle problématique, ou encore une gestion documentaire inadéquate, rendant impossible la localisation de l'information. Les barrières imposées par l'administration elle-même prennent la forme de stratégies visant à réduire ou empêcher l'accès à l'information ou découlent, de manière involontaire, des insuffisances décrites ci-dessus. Ainsi, les administrations peuvent refuser l'accès aux documents demandés, recourir aux exceptions à la loi, parfois de façon abusive, accuser des retards conséquents dans la procédure ou encore percevoir des émoluments élevés, autant d'éléments qui peuvent fortement décourager les potentiels requérants. Enfin, la faible connaissance de la loi et/ou des processus relatifs (comment soumettre une requête) et d'autres problèmes additionnels, relatifs à la diffusion et à la compréhension de l'information (principalement dans les pays en voie de

⁵ *RTI Rating* : <http://www.rti-rating.org/>.

développement), entravent la mise en œuvre de la législation sur l'accès du public aux documents administratifs.

Concernant le lien plus spécifique entre l'ouverture administrative et les lois d'accès à l'information, plusieurs auteurs se sont penchés sur la capacité de ces dernières à accroître le niveau de transparence des administrations (WORTHY *et al.*, 2017 ; GRIMMELIKHUIJSEN *et al.*, 2018). Ces contributions plus récentes ont recours, sur le plan méthodologique, à des expériences de terrain, visant à tester la réactivité (*responsiveness*) et la qualité de l'information reçue en fonctions de paramètres distincts, notamment en ce qui concerne le type de requête soumis, la forme et le support utilisé, et l'identification du requérant. De manière plus générale, et plus synthétique, PASQUIER/VILLENEUVE (2007) ont élaboré une typologie des entraves relatives à la transparence documentaire (voir Tableau). Cinq formes de transparence sont ainsi mises en avant : du point de vue légal, a) la non-transparence, lorsque s'applique le principe du secret, b) la transparence entravée, lorsque sont respectées les dispositions prévues par la loi, c) la transparence laborieuse, dans le cas de ressources insuffisantes ou de méconnaissance des informations, d) la transparence totale, lorsque toute l'information disponible est proactivement diffusée. Les auteurs pointent une cinquième forme de transparence, illégale, appelée « transparence déviée ». Dans ce cas de figure, l'administration concernée refuse de participer et de ce fait contrevient directement à la loi.

Tableau. Entraves à la transparence documentaire (basé sur PASQUIER/VILLENEUVE, 2007)

	Non-soumis	Soumis à la loi sur l'accès à l'information			
	Légal	Illégal	Légal		
	Non-transparence	Transparence déviée	Transparence entravée	Transparence laborieuse	Transparence totale
Description	Le concept de transparence ne s'applique pas et reste volontaire	Les organisations refusent de participer et de fait contreviennent directement à la loi	Les entraves à la transparence s'effectuent via les dispositions prévues par la loi	L'absence de ressources ou la méconnaissance des informations expliquent l'incapacité à faire face à la transparence	Toute l'information disponible est mise à disposition de manière très proactive
Justificatif	« Ce n'est pas nécessaire »	« Ce dossier n'existe pas »	« Ce ne serait pas responsable »	« On n'a pas les ressources »	« Plus simple et moins coûteux »
Implications pour l'organisation	<ul style="list-style-type: none"> - Pressions politiques pour un changement de statut - Perception négative de l'organisation 	<ul style="list-style-type: none"> - Graves problèmes de gouvernance - Fortes tensions internes 	<ul style="list-style-type: none"> - Coûts de gestion importants - Perception négative de l'organisation 	<ul style="list-style-type: none"> - Absence de bénéfices de la transparence malgré les efforts consentis - Frustration et démotivation 	<ul style="list-style-type: none"> - Bénéfices retirés de la transparence - Flexibilité et adaptation nécessaires - Réactions des citoyens face à l'infobésité

III. Résistances et obstacles à la mise en œuvre des lois d'accès à l'information

Les entraves à la transparence et à la mise en œuvre des lois d'accès à l'information ont été brièvement présentées plus haut. Les exemples sont nombreux au plan international. Ceux-ci seront présentés dans cette section, avant de nous concentrer plus spécifiquement sur le cas de la Suisse. Trois aspects seront principalement abordés dans cette partie : les problèmes relatifs à la mise en œuvre, les résistances affichées par les administrations, et les éléments de contexte, qui peuvent être reliés à l'extension du nombre d'exceptions ou à la menace de créer de nouvelles exceptions à la loi.

A. Entraves à la mise en œuvre

Problème récurrent dans de nombreux pays qui ont récemment adopté une législation sur l'accès aux documents administratifs, les lacunes relatives à la mise en œuvre de ces lois empêchent l'épanouissement de ce qui est considéré par beaucoup comme un droit, voire une liberté fondamentale (ACKERMAN/SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006). Malgré de solides bases juridiques (voir le *RTI Rating*), plusieurs experts déplorent un décalage flagrant et dommageable entre l'aboutissement, sur le papier, d'une lutte de plusieurs décennies et les pratiques observées sur le terrain. Ainsi, JOSEPH (2015) affirme dans le cas du Liberia : « *What is fine on paper remains a far cry from what is happening in the implementation area. The government keeps harping on the [Freedom of Information] law to fight back criticisms of failing in good governance espousal.* » (p. 15). Dans une logique moins délibérée, le manque de moyens à disposition des gouvernements africains et le niveau de vie relativement bas ne permettent pas à la population de s'appropriier ces nouvelles lois (MABILLARD, 2018a).

Les entraves à la mise en œuvre demeurent spécifiques aux législations et aux différents contextes pris en compte. Au Royaume-Uni, le veto ministériel peut représenter un obstacle significatif, et certains députés se sont élevés contre la possibilité, pour le gouvernement, de ne pas révéler le contenu des discussions qui ont « précédé la décision de s'engager dans une guerre illégale contre l'Irak » (BRAKE, 2016). De manière plus générale, la prévalence de la culture du secret, forgée pendant des siècles, représente un obstacle majeur, qui ne pourra s'estomper que sur le long terme (WORTHY *et al.*, 2010). Ce phénomène est d'autant plus marqué que la nature de l'information est sensible, et touche donc certains départements ou ministères plus particulièrement. En Allemagne se posent des problématiques différentes et plus proches de celles que l'on retrouve en Suisse, en raison notamment de leur structure similaire (fédéralisme). Selon HOLSEN/PASQUIER (2011), le nombre plus faible de requêtes soumises au niveau natio-

nal, en comparaison internationale, résulte de facteurs tels que la faible connaissance de la loi, des enjeux qui « comptent » principalement à l'échelon local, ou encore une forte culture du secret (*Amtsgeheimnis*). Au Brésil, MICHENER *et al.* (2018) mettent en avant la faible qualité du contenu transmis par les administrations aux requérants, le flou qui règne autour de la définition et de la classification des documents, et l'obligation pour les requérants de s'identifier lorsqu'ils adressent une demande aux autorités. Enfin, plusieurs activistes en Inde s'inquiètent du déclin du *Right to Information Act*, imputé aux postes de commissaires à l'information qui restent vacants sur de longues périodes (environ un tiers), empêchant ainsi le traitement des requêtes (CHAUHAN, 2018).

En revanche, certaines améliorations ont été constatées, comme dans l'exemple de l'Australie, pays au sein duquel l'abolition des frais de dossier et la volonté de créer un agenda solide autour des questions de transparence, aussi bien du côté du gouvernement que des journalistes et des acteurs de la société civile, a permis une avancée significative selon HENNINGER (2018). En République tchèque, KADEČKA *et al.* (2019) affirment que la meilleure connaissance de la loi au sein de la population a rendu sa mise en œuvre plus efficace et permis le développement d'un fonctionnement plus transparent des institutions.

B. Résistances de l'administration

Afin de poursuivre l'analyse des résistances opposées par les administrations aux citoyens qui ont soumis une demande d'accès à l'information, quelques exemples additionnels seront présentés ici. Tout d'abord, un projet de loi visant à améliorer l'accès à l'information des organismes publics a été déposé dans la province de Québec en mai 2018. Celui-ci doit permettre d'inverser la tendance actuelle, les pouvoirs publics ayant « invoqué de plus en plus fréquemment et systématiquement les exceptions prévues à la loi pour refuser de donner les renseignements demandés ou pour caviarder des documents de manière excessive, au point de ne plus pouvoir y trouver quelque renseignement utile que ce soit » (RADIO CANADA, 2018). Aux États-Unis, un rapport datant de 2016 met en avant les délais souvent trop étendus pour répondre aux requêtes adressées aux administrations. Ces retards constituent une des barrières les plus importantes à la mise en œuvre efficace de la loi américaine sur l'accès aux documents (FOIA), un constat qui a aussi été observé au Mexique dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence (GILL/HUGHES, 2005). Enfin, MARIQUE/SLAUTSKY (2019) relèvent que l'inertie administrative demeure un problème majeur en France, tout comme l'extension du régime d'exceptions et la confusion ainsi générée.

C. Éléments de contexte et nouvelles exceptions

L'exemple français est à cet égard emblématique des enjeux auxquels se confrontent les lois d'accès à l'information. Loin d'être une bataille gagnée d'avance, le droit à l'information, bien que garanti par la législation française depuis 1978, subit une régression en raison du volume croissant de documents exclus de la législation sur l'accès aux documents administratifs⁶. Le développement des régimes spéciaux pose également problème (MARIQUE/SLAUTSKY, 2019). Certains événements exceptionnels peuvent renverser la perspective et marquer le retour en force du secret, notamment lorsqu'il s'agit de défendre le sacro-saint principe de l'« intérêt national ». La définition à géométrie variable de ce principe permet d'en élargir les contours à la discrétion des responsables politiques, qui peuvent ainsi réduire la transparence des activités de l'État. L'exemple le plus emblématique correspond aux mesures prises par l'Administration Bush au lendemain des attaques terroristes qui ont frappé New York le 11 septembre 2001. L'accès à plusieurs milliers de documents, en lien notamment avec les armes de destruction massive, a été retiré par certaines agences dès 2002 (UHL, 2003).

Comme nous le verrons dans le cas suisse ci-dessous, les défenseurs du droit à l'information demeurent vigilants en raison des exceptions qui sont proposées par amendements dans les législations sur l'accès aux documents et aux tentatives de modifications ultérieures visant à étendre le nombre d'exceptions. En Inde, dont la loi de 2005⁷ est souvent considérée comme un bon exemple, plusieurs amendements visant à affaiblir la législation ont été formulés dès l'année suivante (PUDEPHATT, 2009). Par ailleurs, des organisations supranationales comme l'UE restent particulièrement attentives aux exceptions à la loi et à leur impact négatif sur la mise en œuvre du principe de transparence. Ainsi, plusieurs pays candidats à l'adhésion (dont la Serbie) ont été critiqués sur ce point au cours de récentes évaluations.

IV. Étude de cas : obstacles et résistances en Suisse

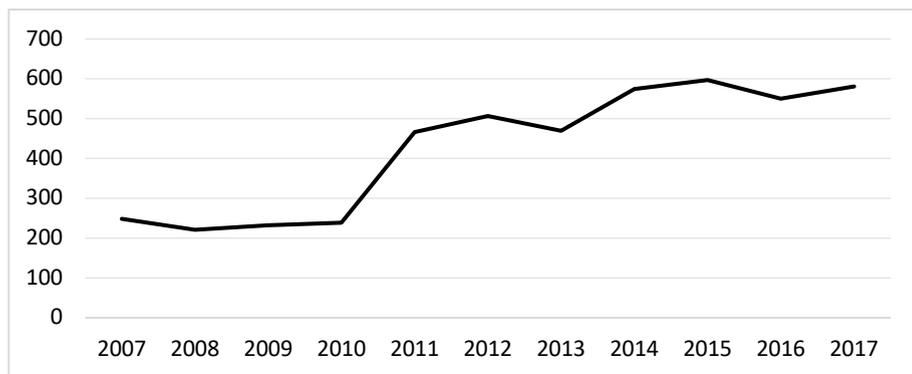
En Suisse, trois évaluations relatives à la mise en œuvre de la LTrans ont déjà été réalisées depuis 2009. La plus récente d'entre elles, publiée en 2018, sera commentée plus bas. Si un groupe organisé de journalistes milite activement pour l'utilisation de la loi et son respect par les autorités, la LTrans demeure largement méconnue par la population. Ce facteur explique partiellement le faible nombre de requêtes reçues par

⁶ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁷ Right to Information Act, 2005 (Act No. 22 of 2005).

l'administration fédérale en comparaison internationale (PF PDT, 2018a), bien qu'il soit en augmentation (voir Illustration 2). Comme dans les exemples mentionnés plus haut, nous reviendrons dans le cas suisse sur les entraves, les résistances et les menaces qui pèsent sur le régime de la transparence.

Illustration 2. Évolution du nombre de requêtes en Suisse, au niveau national (2007-2017)



A. Entraves à la mise en œuvre

Suite au passage de la LTrans (votée en 2004, entrée en vigueur en 2006), plusieurs entraves à sa mise en œuvre ont été constatées. HOLSSEN/PASQUIER (2012) ont par exemple identifié des lacunes tels qu'une insuffisance des ressources techniques, humaines et financières, des lacunes dans la formation des employés du secteur public à la problématique de l'accès à l'information, un manque de *leadership* et une culture bureaucratique secrète. De plus, le budget du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) reste insuffisant, et ses compétences légales demeurent limitées au processus de médiation ; comme en Allemagne, les recommandations du PF PDT ne sont pas juridiquement contraignantes. En sus de ces éléments, il est impératif de mieux faire connaître la loi pour assurer une meilleure mise en œuvre au travers d'une utilisation plus fréquente de la part des citoyens.

Malgré le renversement de paradigme et la « consécration » du principe de la transparence administrative en 2006, FLÜCKIGER/JUNOD (2017) notent que « la pratique a cependant montré que sa mise en œuvre se heurte à des réticences des services administratifs, se traduisant notamment par des procédures excessivement longues ou des émoluments exagérément élevés à payer ». Ce dernier point doit toutefois être nuancé à l'échelon local, car la grande majorité des cantons prévoient la gratuité. Derrière le désir affiché d'augmenter l'efficacité administrative se dissimule un motif moins avouable, celui qui consiste à dissuader les investigations. Selon plusieurs journalistes qui ont

soumis des requêtes au niveau fédéral, il existe encore des « niches de résistance » (GUILLAUME, 2016). La culture du secret s'impose donc comme un facteur inhibant la mise en œuvre effective de la LTrans, tout comme les émoluments qui, même s'ils ne sont pas toujours élevés, ont sur le principe même du coût une grande portée dissuasive.

L'évaluation la plus récente de la LTrans, réalisée en 2017, met en avant certains progrès mais recense dans le même temps des problèmes récurrents (PFPDT, 2018b). Le rapport montre qu'une pratique administrative harmonisée a été mise en place, que des recommandations détaillées ont été bien acceptées et que, grâce à des recommandations contenant des constatations des faits détaillées et des motivations juridiques approfondies, la charge de travail de l'administration et des tribunaux a été réduite. En revanche, certains aspects demeurent largement perfectibles, à l'instar du dépassement du délai d'ordre de 30 jours dans la majorité des cas. La durée de traitement de la procédure de médiation reste également souvent supérieure à 100 jours selon l'évaluation. L'essai pilote de 2017 du PFPDT a néanmoins permis de démontrer que le nombre de cas pendants a diminué, et que les solutions à l'amiable ont augmenté de manière significative. Les délais représentent par contre toujours un obstacle, pour des raisons diverses, dont un surcroît de travail important ou la réception simultanée d'un grand nombre de demandes (ressources insuffisantes).

B. Résistances de l'administration

En plus de ces éléments, COTTIER (2014) montre que la culture du secret entraîne encore un grand nombre de résistances de la part des administrations : « une loi peut, sur le papier, renverser un paradigme du jour au lendemain ; changer des mentalités, pétries de culture du secret, demande plus de temps » (p. 27). Il ajoute que se sont développées des pratiques déviantes, des comportements récalcitrants qui sapent le principe de transparence : « ici on ignore les convocations du PFPDT, là on nie l'existence du document requis, ailleurs on refuse de lui remettre pour examen le document litigieux » (p. 29). Le processus de classification constitue un autre problème épineux, d'autant qu'il risque d'être mobilisé de façon abusive pour échapper à la LTrans. COTTIER (2014) conclut par la menace que fait peser l'élargissement du régime des exceptions à la loi, qui pourrait mener à terme à un véritable affaiblissement du principe de transparence.

Si les administrations invoquent parfois le manque de ressources, elles cherchent surtout à bénéficier d'un régime d'exception, phénomène encore plus marqué dans les secteurs où la nature de l'information est plus sensible. Elles font également preuve de manque de volonté, ralentissant délibérément le processus de transfert de l'information, comme relevé par COTTIER (2014) ci-dessus. Enfin, il est à noter que l'engagement de professionnels de la communication ne favorise pas l'accès à l'information, car ceux-ci transmettent l'information après l'avoir filtrée. Le contrôle se renforce ainsi et met à l'écart

les conseillers à la transparence⁸. En dépit de ces résistances, il semble avant tout primordial d'éviter de nouvelles listes d'exceptions, qui mettraient en péril la LTrans, et de veiller à maintenir un haut niveau de qualité lors des séances de médiation⁹.

C. Éléments de contexte et nouvelles exceptions

Au cours des dernières années, plusieurs tentatives d'étendre les exceptions à la loi ont été observées en Suisse. En 2014, COTTIER notait alors que le projet de loi sur le renseignement visait à instituer une exception au principe de transparence (art. 66), une proposition jugée inutile car les nombreux documents secrets que possède le Service de renseignement peuvent facilement être écartés du champ d'application de la LTrans par le biais des exceptions prévues par la loi elle-même. Toutefois, la nouvelle loi fédérale sur le renseignement (LRens) acceptée par le peuple en 2016 et entrée en vigueur en septembre 2017, exclut de la LTrans en son article 67 « tous les documents portant sur la recherche d'informations par le Service de renseignement de la Confédération », ce qui accroît de fait l'opacité des activités de ce service (FLÜCKIGER/JUNOD, 2017).

De plus, d'autres lois ont concouru à l'érosion du principe de transparence. Par exemple, les rapports de contrôle officiels des autorités sont tenus secrets selon la loi révisée sur les denrées alimentaires. La raison avancée dans ce cas précis se réfère aux mauvaises interprétations potentielles que pourraient en faire les citoyens. Dans la même veine, ce motif est mis en avant par les autorités concernant le projet de loi sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire (FLÜCKIGER/JUNOD, 2017). Le principe de transparence a donc été abandonné en 2018 suite au vote des sénateurs (27 voix contre 17) et à la prise de position de la ministre Doris Leuthard, pour qui « la loi sur transparence [est] comme une épée de Damoclès dans le cas des transports »¹⁰. Enfin, le Conseil fédéral proposait d'exclure du champ d'application de la LTrans l'ensemble des documents officiels relatifs aux processus d'adjudication dans le cadre de la révision de la loi sur les marchés publics (LMP). Le pas n'a cependant pas (encore ?) été franchi, le Conseil national ayant refusé la limitation du principe de transparence, un vote dont se félicite le PFPDT actuel, Adrian Lobsiger. En dépit de ce succès, la LTrans reste sous une pression constante et ses défenseurs, journalistes en tête, s'inquiètent de son évolution à moyen terme.

⁸ Entretien avec le préposé suppléant à la protection des données et à la transparence, Berne, 23 mars 2015.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Détails des votes : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20160075>

Conclusion

Cette contribution montre que le principe de transparence, bien qu'il ait été consacré par l'entrée en vigueur de la LTrans en 2006, n'échappe pas à certaines limites, à l'instar des autres États ayant adopté une législation similaire. Si la culture du secret semble perdurer, ici comme ailleurs, le contexte spécifique de la Suisse, mis en exergue par PASQUIER/MEILLAND (2009), sert à expliquer pourquoi l'administration ne reçoit que peu de requêtes. D'abord, l'implication des organisations concernées dans les processus de réforme réduit quelque peu le besoin informationnel. Il en va de même concernant les nombreuses portes d'entrée et sources d'informations, liées à la particularité du système politique suisse (principe de concordance). De plus, le principe du fédéralisme « éloigne » en quelque sorte le citoyen, qui concentre ses intérêts au niveau local, où il est ainsi plus susceptible de déposer une requête d'accès à l'information.

Si la vaste majorité des cantons se sont dotés de lois d'accès à l'information, qui s'appliquent aussi au niveau communal, l'absence de statistiques et d'évaluations ne permettent pas de juger de l'activité des citoyens à l'échelle infranationale, malgré l'engouement plus fort que devrait susciter la proximité accrue des enjeux pour la population. Certains préposés font néanmoins part de leur lutte contre la diminution des ressources et déplorent un budget de fonctionnement insuffisant à leurs activités. Au niveau communal, plusieurs administrations sont dépourvues de compétences propres et doivent recourir à des spécialistes lorsqu'il s'agit de décider de diffuser ou non le document requis. Un champ de recherche s'ouvre à celles et ceux qui souhaitent se pencher sur la vitalité des lois d'accès à l'information à l'échelon local.

En ouverture, il convient de noter que la Suisse constitue un cas particulier. Alors que la transparence est souvent présentée comme un remède à la méfiance qui s'installe à l'encontre de la plupart des gouvernements, la Suisse jouit en comparaison internationale d'un niveau de confiance dans les institutions extrêmement élevé. Ce constat ne doit pas pour autant dévaloriser le principe de transparence, penser que ce dernier est moins nécessaire qu'ailleurs, ou encore que la confiance agit comme un substitut. Il fournit cependant une clé de compréhension supplémentaire et peut partiellement expliquer le manque d'enthousiasme de la population générale pour l'accès à l'information. Il ouvre également des pistes de recherche intéressantes sur le lien que l'on peut établir entre transparence, confiance dans les autorités et imputabilité (ou *accountability*) de celles-ci.

Bibliographie

- ACKERMAN John M. / SANDOVAL-BALLESTEROS Irma E., The global explosion of freedom of information laws, *Administrative Law Review* 2006, p. 85 ss.
- ARMSTRONG Elia, Integrity, transparency and accountability in public administration : Recent trends, regional and international developments and emerging issues, *Economic & Social Affairs*, United Nations 2005, p. 1 ss, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan020955.pdf> (consulté le 17.02.2018).
- BAUME Sandrine, La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence, *Raison Publique* 2011, <http://www.raison-publique.fr/article459.html> (consulté le 12.03.2018).
- BENTHAM Jeremy, in : James/Blamires/Pease-Watkin (édit.), *The Collected Works of Jeremy Bentham : Political Tactics*, Oxford 1999 [1791].
- BERLINER Daniel, The political origins of transparency, *The Journal of Politics* 2014, p. 479 ss.
- BIRCHALL Clare, Radical transparency ?, *Cultural Studies – Critical Methodologies* 2014, p. 77 ss.
- BRAKE Tom, *The Freedom of Information Act has just one problem: It doesn't go far enough*, New Statesman 2016.
- CHAUHAN Chetan, How RTI Act is dying a slow death in India, *Hindustan Times* 2018.
- COTTIER Bertil, Encore des résistances à l'application de la loi sur la transparence, *Plaidoyer* 2014, p. 26 ss.
- DEAN Jodi, Publicity's secret, *Political Theory* 2001, p. 624 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre / JUNOD Valérie, En Suisse, les administrations publiques ont repris goût au secret, *Le Temps* 2017.
- GILL Juliet / HUGHES Sallie, Bureaucratic compliance with Mexico's new access to information law, *Critical Studies in Media Communication* 2005, p. 121 ss.
- GRIMMELIKHUIJSEN Stephan / JOHN Peter / MEIJER Albert / WORTHY Ben, Do Freedom of Information laws increase the transparency of government ? A pre-registered replication of a field experiment, *Journal of Behavioral Public Administration* 2018, p. 1 ss.
- GUILLEAUME Michel, Face à l'administration, le prix élevé de la transparence, *Le Temps* 2016.
- GUSFIELD Joseph R., Moral passage : The symbolic process in public designation of deviance, *Social Problems* 1967, p. 175 ss.
- HABERMAS Jürgen, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris 1997 [1962].
- HAZELL Robert, Freedom of information in Australia, Canada and New Zealand, *Public Administration* 1989, p. 189 ss.
- HAZELL Robert / WORTHY Ben / GLOVER Mark, *The Impact of the Freedom of Information Act on Central Government in the UK*, Londres 2010.
- HENNINGER Maureen, Reforms to counter a culture of secrecy : Open government in Australia, *Government Information Quarterly* 2018, p. 398 ss.

- HOLSEN Sarah / PASQUIER Martial, What's wrong with this picture ? The case of access to information requests in two continental federal states – Germany and Switzerland, *Public Policy and Administration* 2011, p. 283 ss.
- HOLSEN Sarah / PASQUIER Martial, Insight on oversight : The role of information commissioners in the implementation of access to information policies, *Journal of Information Policy* 2012, p. 214 ss.
- HOOD Christopher, Beyond exchanging first principles ? Some closing comments, in : Heald/Hood (édit.), *Transparency : The Key to Better Governance ?*, Oxford 2006, p. 211 ss.
- JONASON Patricia, *Le droit d'accès à l'information en droit suédois : une épopée de 250 ans*, *Revue internationale de droit des données et du numérique* 2016, p. 1 ss, <http://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/137/175>, (consulté le 13.06.2018).
- KADEČKA Stanislav / BROŽ Jan / ROTHANZL Lukas, The Laws of Transparency in Action : Freedom of Information in the Czech Republic, in : Dragos/Kovač/Marseille (édit.), *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Cham (Suisse) 2019, p. 79 ss.
- MABILLARD Vincent, Le droit d'accès à l'information au Bénin : opportunités et défis dans une perspective internationale, *Working paper de l'IDHEAP* 9/2018, IDHEAP, Université de Lausanne (2018a).
- MABILLARD Vincent, Lois d'accès à l'information dans le monde : point de situation, *Working paper de l'IDHEAP* 5/2018, IDHEAP, Université de Lausanne (2018b).
- MANNINEN Juha, *Anders Chydenius and the origins of the world's first Freedom of Information Act 2006*, <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB568-FOIA@250/bullet2.pdf>, (consulté le 18.07.2018).
- MARIQUE Yseult / SLAUTSKY Emmanuel, Freedom of Information in France : Law and Practice, in : Dragos/Kovač/Marseille (édit.), *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Cham (Suisse) 2019, p. 79 ss.
- MEILLAND Philomène, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, in : Pasquier (édit.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013.
- MICHENER Gregory, FOI laws around the world, *Journal of Democracy* 2011, p. 145 ss.
- PASQUIER Martial / MEILLAND Philomène, L'introduction du principe de transparence dans l'administration fédérale, in : Knoepfel (édit.), *Réformes de politiques institutionnelles et action publique*, PPUR, Lausanne 2009.
- PASQUIER Martial / VILLENEUVE Jean-Patrick, Les entraves à la transparence documentaire : établissement d'une typologie et analyse des comportements organisationnels conduisant à empêcher ou à restreindre l'accès à l'information, *Revue internationale des sciences administratives* 2007, p. 163 ss.
- FPFDT, *Rapport d'activités 2017/2018 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence*, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/rapports-d-activites/25--taetigkeitsbericht-2017-2018.html>, (consulté le 23.09.2018)(2018a).
- FPFDT, *3^e évaluation : essai pilote procédure de médiation*, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/principe-de-la-transparence/evaluations-de-la-ltrans.html>, (consulté le 21.09.2018)(2018b).
- PIÑEIRO RODRÍGUEZ Rafael / ROSSEL Cecilia, A field experiment on bureaucratic discretionary bias under FOI laws, *Government Information Quarterly* 2018, p. 418 ss.
- PUDDEPHATT Andrew, *Exploring the role of civil society in the formulation and adoption of access to information laws*, Washington DC 2009.

- RADIO CANADA, Le projet de loi sur l'accès à l'information des organismes publics est déposé à Québec 2018, <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1101764/depot-projet-loi-acces-information-organismes-publics-assemblee-nationale>, (consulté le 19.09.2018).
- SHARMA Prashant, *Democracy and transparency in the Indian State. The making of the Right to Information Act*, Milton Park, Abingdon Oxon 2015.
- STUBBS Rhys, *A case study in the rise of public sector transparency: understanding the global diffusion of freedom of information law*, PhD thesis, Université de Tasmanie, Australie 2011.
- UHL Kristen Elizabeth, The Freedom of Information Act Post-9/11 : Balancing the public's right to know, critical infrastructure protection, and homeland security, *American University Law Review* 2003, p. 261 ss.
- WORTHY Ben, *The politics of freedom of information. How and why governments pass laws that threaten their power*, Manchester 2017.
- WORTHY Ben / JOHN Peter / VANNONI Matia, Transparency at the parish pump: A field experiment to measure the effectiveness of freedom of information requests in England, *Journal of Public Administration Research and Theory* 2017, p. 485 ss.
- ZILLER Jacques, Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne, in : Guglielmi/Zoller (édit.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris 2014, p. 25 ss.

Rationalité et subjectivité dans l'interprétation et l'application du droit

Sommaire

Page

Introduction	321
A. Des concepts au contenu fluctuant	321
B. La rationalité textuelle	323
I. La récusation	324
II. Le préalable d'une théorie du droit	325
A. Institutionnalité et vérité du droit	325
B. Sémantité du droit	326
III. L'établissement des faits	326
A. L'instruction	326
B. Le récit judiciaire	327
IV. La mise en œuvre du droit : interprétation et application	328
V. L'axe horizontal de l'interprétation	329
A. Du canon méthodologique à l'abduction	329
B. Les arguments d'origine externe	330
VI. L'axe vertical de l'application	331
A. Le problème de la mineure du syllogisme	331
B. Les phases du jugement	332
Conclusion	333

Introduction

A. Des concepts au contenu fluctuant

La question posée ici est celle de la place et de l'importance de la subjectivité du juriste lorsque celui-ci considère qu'il « dit » le droit. Car il y a une prétention, dans

* Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, D^r h. c. de l'Université de Bâle.

l'ordonnement actuel du droit, à penser que la pensée juridique présente – ou du moins devrait présenter – toutes les garanties qu'offre la rationalité argumentée, de manière à éliminer tout risque d'un discours juridique qui serait « subjectif », c'est-à-dire imprégné de sentiments, de préconceptions, d'idéologies propres à la personne qui dit le droit.

Ce qui frappe en premier lieu est que « rationalité » soit régulièrement employé au singulier et « émotions » au pluriel. Qu'il y ait plusieurs types d'émotions paraît aller de soi. Mais n'y aurait-il qu'un seul type de raison ? Le doute est permis. Il est conforté lorsqu'on a besoin d'utiliser la forme adjectivale du nom : « rationnel » ou « raisonnable » ? Cette question en amène évidemment une autre : que faut-il entendre par « rationalité » ?

On sait en tout cas qu'on rencontre dans l'humanité diverses manières de construire de manière conceptuellement cohérente le monde et les rapports à l'altérité¹. On sait aussi que notre concept de « rationalité » a une histoire et que l'on peut suivre son développement à travers les mutations socio-économiques et politiques que l'Occident a parcourues depuis le Moyen Âge². On sait encore que la rationalité calculatrice de l'« agent [dit] rationnel » s'est construite dans le cadre d'une théorie des rapports entre individus au sein d'une société, théorie qui s'est formulée au cours du XVIII^e siècle³. La raison apparaît donc sous des modes spécifiques, et il importerait préalablement de désigner celui dont il devrait être question ici.

En va-t-il de même du concept de « subjectivité », dans la mesure où les deux concepts se pensent en opposition l'un à l'autre ? Surgit une question : ces deux concepts, « rationalité » et « subjectivité » – décrivent-ils exhaustivement les déterminations de nos actions – y compris celles de nos jugements ? Celui de « subjectivité » contient-il par exemple celui d'« émotion » (par exemple de sympathie) ? L'inscription d'une valeur (par exemple de justice) dans une argumentation introduit-elle un élément d'« irrationalité » ? Nous répondrons par l'affirmative, si l'opposition a pour but de décrire les conditions d'une action adéquate, de raison dite « pratique », menant à un choix. Car l'application du droit s'achève nécessairement par un choix, dans les situations d'incertitude, où la rationalité, n'étant pas formalisée, est incapable à elle seule de mener à une solution unique : au début de l'argumentation le choix à faire est douteux, et le choix fait le reste au moins dans une certaine mesure, puisqu'il a fallu une argumentation hésitante pour y parvenir.

¹ Voir DESCOLA Philippe, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2007.

² Voir ELIAS Norbert, *La dynamique de l'Occident*, trad. Pierre Kamnitzer, Paris, 1975 (1^{re} éd., *Wandlungen der Gesellschaft : Entwurf zu einer Theorie der Zivilisation*, 1939).

³ Voir DARDOT Pierre / LAVAL Christian, *La nouvelle raison du monde : essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009.

Où, dans ces conditions, classer les « valeurs » ? La justice est une valeur, qui apparaît, pour le commun des mortels, comme un sentiment ; et le spectacle de l'injustice provoque une émotion. Toutefois, tout sentiment de la justice s'inscrit dans une vision de ce que devrait être une société dans une organisation qualifiée de « juste » ; même si cette construction peut être implicite, il est possible d'en analyser la cohérence (la « rationalité » ?) dans les relations réciproques de ses implications, le cas échéant également par rapport à d'autres valeurs.

B. La rationalité textuelle

Les structures instrumentales du droit sont d'une part une logique gouvernée par des critères de rationalité liés à l'existence de textes, d'autre part l'aménagement institutionnel des compétences de décisions. Sa finalité : rendre une justice socialement acceptée.

Les juges – et même plus largement les juristes – sont de par leur fonction appelés à prendre des décisions : donc à agir. Et c'est une action adéquate (pour conserver ce terme neutre) qu'on attend d'eux. Toutefois, c'est une action qui présente la caractéristique qu'elle ne les concerne pas personnellement : les conséquences de leurs décisions pèsent sur autrui. Le juge n'est pas intéressé « égoïstement » à l'issue de la cause et, dès lors, la « rationalité » de ce qu'il entreprend est censée ne pas être influencée par des « émotions » qui naîtraient de l'atteinte à ses intérêts (même s'il peut être intéressé à bien régler sa jurisprudence du point de vue des instances supérieures, là où sa promotion en dépend).

De plus, la « rationalité » qu'il doit mettre en œuvre est celle qui lui est dictée par les textes normatifs de l'ordre juridique auquel il est soumis : il n'a pas, du moins dans le principe, de liberté. En outre, la norme qu'il élabore sur la base de cette rationalité pour résoudre un litige concret va être intégrée dans l'ordre juridique, à la rationalité duquel elle contribuera.

Enfin, l'action du juriste a la caractéristique de mener à une décision. Décision qui, parce qu'elle doit s'intégrer dans un ordre juridique qui la justifie, constitue dans son essence un discours dont la finalité est d'être institutionnellement impérative – légitimement exécutoire.

Où se situe, dans un tel contexte, la place de la « subjectivité » ? Nous allons l'illustrer d'une part par l'institution de la récusation, d'autre part par des considérations d'épistémologie juridique,

I. La récusation

Ce qui précède peut être illustré par l'institution de la récusation. Celle-ci permet d'écartier un juge dont on peut penser *a priori* qu'il pourrait se laisser influencer par des motivations étrangères à une appréhension objective de la cause, parce qu'il est personnellement intéressé à l'issue de la cause – par des considérations que nous avons appelées « égoïstes ». La maxime est ici que non seulement le juge doit être objectif, mais qu'il doit le paraître.

Premier groupe d'hypothèses : celui des intérêts personnels liés à l'issue du litige. Il peut s'agir aussi bien des intérêts du juge lui-même que de ceux de personnes qui sont membres de sa famille et qui sont parties au procès, ou qui sont mandataires d'une des parties, ou même qui ont statué comme autorité précédente.

Mais ce premier groupe d'hypothèses s'est enrichi d'un second. Il peut en effet se trouver que, avant même que, procéduralement, il soit saisi, le juge ait une opinion préconçue : il est *prévenu* parce qu'il a déjà une opinion personnelle sur l'affaire ou son contexte. D'abord si le juge a déjà agi dans la même cause à un autre titre : comme membre d'une autorité, conseil d'une partie, expert, témoin. Mais, de plus, les lois procédurales sont sur ce point rédigées de manière assez large (« indéterminée », comme nous dirons), puisqu'elles prévoient de manière générale la récusation lorsque le juge peut être prévenu « de toute autre manière ». Par exemple, en faisant paraître dans la presse, avant même tout litige, des articles critiques sur l'une des parties. Il ne serait pas même exclu qu'une campagne de presse unilatérale et excessive à laquelle le juge compétent n'a pas personnellement participé puisse néanmoins susciter des doutes sur sa neutralité.

Cette hypothèse est intéressante dans la mesure où elle montre que l'ordre juridique ne repose pas sur une rationalisation univoque qui conduirait nécessairement, si les démarches sont effectuées selon une correcte méthodologie, à un résultat prédéterminé : si tel était le cas, il suffirait de les vérifier, et le concept de prévention serait inutile. Ce que l'institution de la récusation vise donc à mettre en œuvre est une procédure qui débute et se poursuit dans un état de constante incertitude, laquelle ne doit pas être éliminée par une prévention manifestant la subjectivité du juge. Nous appellerons cette subjectivité externe, parce que les éléments qui la fondent existaient déjà avant que la procédure ait commencé.

Le thème de la récusation est donc, sous l'angle qui nous intéresse, est révélateur. Si l'ordre juridique intègre ainsi le risque que le juge décide sous l'influence d'une précon-

ception étrangère à l'ordre juridique⁴, cela ne signifie pas autre chose que les normes qui sont censées offrir exclusivement la base rationnelle des décisions laissent en réalité au moins une certaine liberté à la subjectivité du juge. La récusation écarte ce risque sous un certain angle, mais révèle aussi qu'un risque *général*, consubstantiel aux textes légaux à appliquer, existe que la subjectivité aurait pu rester invisible si des indices extérieurs ne l'avaient pas révélée. Ce risque ne peut s'expliquer que par l'existence, dans ces textes, de marges de liberté dans lesquelles s'ouvre la possibilité d'une telle subjectivité – subjectivité que nous appellerons *interne*, puisqu'elle est impliquée par la nécessité d'appliquer les textes juridiques y compris la marge de liberté qui fait partie intégrante de leur contenu normatif.

Quelles sont les implications de cette subjectivité interne, c'est-à-dire comment elle peut s'objectiver dans la rationalité revendiquée par l'ordre juridique, telle est la question épistémologique qu'il faut donc aborder.

II. Le préalable d'une théorie du droit

A. Institutionnalité et vérité du droit

Un détour par la théorie du droit doit être fait préalablement pour éclairer ce qui va suivre.

Premièrement, il faut insister sur la compréhension du droit comme système sémantique. L'ordre juridique fonctionne comme système de significations dont les combinaisons, en fondant le jugement, sont censées assurer sa rationalité. Par les références signifiantes que tout jugement doit apporter aux textes légaux, il garantit, dans la plus grande mesure possible (comme nous allons le voir), la validité de sa *prétention de rationalité*. Il peut ainsi, face aux justiciables et à la société en général, en effet, construire sa force persuasive.

En second lieu, le droit est aussi un système *institutionnalisé*. Un état d'incertitude règne au début de la procédure. On ne sait pas quels sont les faits de la cause, lesquels seront établis au cours de la procédure. On ne sait pas quelle est la norme selon laquelle le litige sera jugé, ni comment elle sera appliquée. Ces deux incertitudes devront être considérées comme levées à la fin de la procédure, au moyen de la décision qui sera prise. Le juge doit répondre aux questions qui lui sont posées, sous peine de déni de justice : il a une obligation de réponse, qui ne lui permet pas de s'abstenir au cas où il serait incertain

⁴ « Étrangère » : si on se réfère aux idéologies d'un ordre normatif exhaustif, du genre « le juge est la bouche de la loi » dans la vulgate qui arbore cette citation de MONTESQUIEU.

quant à ce qui lui incombe de dire. Et cette réponse est définitive. L'institutionnalité du droit l'exige et donc le permet, même si la rationalité qui peut être atteinte est limitée, et même si elle est guidée, orientée, préformée par ce que nous avons appelé des préconceptions. C'est bien pourquoi, prudemment, nous venons de dire que l'incertitude est *considérée* comme levée. *Res judicata pro veritate accipitur*. L'adage romain – toujours en vigueur – montre que le déficit de rationalité est assumé ; et par « déficit », nous entendons les critiques faites à l'argumentation par ceux qui n'ont pas la compétence de rendre une décision reconnue par l'ordre juridique comme définitive.

B. Sémanticité du droit

Le second présupposé pouvant être considéré comme suffisamment connu, nous nous concentrerons sur les conséquences du premier. Rappelons ce que nous entendons par sémanticité du droit. Le droit est un ensemble de textes lus et écrits les uns par rapport aux autres. Cet ensemble est constitué d'une part par un groupe de textes passés, qui servent de références – lois, jurisprudence, doctrine – et d'autre part par les divers textes qui sont en train d'être écrits pour résoudre les litiges présents et qui doivent prendre pour référence ceux du premier groupe. Référence signifie ici que les motivations des textes du second groupe doivent montrer qu'ils s'intègrent à l'ensemble. Il y a sémanticité dans la mesure où ces motivations ont à donner la signification de la décision à prendre en puisant dans les ressources du code constitué par les textes de référence.

Ces motivations ont à légitimer les trois opérations qui conduisent au jugement : l'établissement des faits, l'interprétation de la norme puis son application. Nous allons les aborder successivement, en négligeant le fait qu'elles ne se suivent pas, mais s'interpénètrent (c'est la norme qui désigne les faits qu'on appelle « pertinents » et qui doivent être établis).

III. L'établissement des faits

A. L'instruction

Venons-en donc d'abord à la confrontation à la réalité : aux faits. Quels sont les processus de rationalité à l'œuvre pour les reconstituer dans leur vérité ? Au départ de tout litige (et même : au départ de toute adoption d'une norme) se trouve une situation factuelle : la « réalité ». Elle existe, certes, pourrait-on dire, « objectivement », c'est-à-dire indépendamment de la vision qu'en ont les parties au litige. Toutefois, on ne peut avoir affaire qu'avec des « visions » – la réalité « objective » est inatteignable en tant que telle. Ce sont donc des « visions » qui sont transmises au juge, lequel, appuyé sur les preuves

dont il dispose, va lui substituer sa propre « vision » : celle-ci va constituer la base « factuelle » de son jugement – l'« état de fait ». La procédure va traverser, à cet effet, la phase dite de l'« établissement des faits », ou de l'« instruction ».

Cette phase sert à lever l'incertitude qui règne quant à la consistance de la situation factuelle. Témoins, experts, inspection locale, etc., sont autant de preuves qui seront apportées à son sujet. Il s'agit de ce que nous appelons des « récits probatoires » : le témoin « raconte » ce qu'il a vu ou entendu, l'expert « raconte » ce que la science a à dire, l'inspection locale « raconte » ce que l'on peut observer sur les lieux de la situation factuelle, etc. Ces récits sont pour le juge le seul accès à la situation factuelle dont il dispose⁵. Sauf dans les hypothèses où la loi attribue à un type de récit par lui-même un effet de vérité (preuve dite légale, système qui est de nos jours rarissime), les récits probatoires constituent pour le juge des indices, qu'il réunit pour faire à son tour le récit de la situation factuelle : et ce récit – que nous appelons judiciaire – sera tenu pour vrai, selon la règle mentionnée ci-dessus. L'incertitude sera levée, du moins juridiquement, c'est-à-dire dans la portée institutionnelle qu'aura le jugement. La certitude ainsi gagnée pourra certes être contestée, mais seulement hors de la sphère juridique et, donc, sans effet sur le jugement.

B. Le récit judiciaire

faut s'arrêter un moment sur l'écriture du récit judiciaire. Le plus commode pour la démonstration consiste à prendre une histoire simple (comme il est d'ailleurs d'usage dans les exposés de théorie !). Dans le cadre d'un procès en divorce, l'épouse invoque l'adultère du mari ; et un détective vient témoigner avoir vu celui-ci entrer dans un hôtel, accompagné d'une femme, à cinq heures de l'après-midi, et en ressortir, avec la même femme, une heure plus tard. C'est un récit probatoire ; et ce n'est évidemment pas la situation factuelle elle-même, mais un simple indice. Le juge ne peut rien en conclure s'il s'arrête là : il lui faut l'interpréter. Il le fera sur la base d'un schéma argumentatif qu'on peut résumer ainsi : si un homme et une femme se rendent ensemble dans un hôtel pour une heure en fin d'après-midi, c'est pour y entretenir des relations sexuelles. Ce schéma, appliqué au cas d'espèce, permet d'inférer d'un simple indice qu'il y a bien eu adultère, lequel pourra dès lors entrer dans le récit judiciaire. Cet enchaînement n'est pas une déduction, car le schéma est celui d'une vraisemblance, et une preuve contraire peut être apportée dans le cas concret sans que la vraisemblance générale de l'hypothèse en soit nécessairement ébranlée. Il y a donc bien falsification possible, mais elle porte sur

⁵ Et cela même s'il n'y a aucune contestation à son sujet entre les parties au litige : le juge reprendra leurs déclarations concomitantes dans son récit.

l'épisode singulier. (On peut évidemment aussi contester la plausibilité du schéma, mais ce n'est pas toujours plus facile !)

Ce procédé logique est celui de l'abduction⁶. Et on peut appeler de tels schémas règles abductives. Sont-elles des instruments de « rationalité » ? Sont-elles « rationnelles » ou simplement raisonnables ? Il nous semble que la question peut être résolue, si on les aborde du point de vue de la fonction qu'elles remplissent.

Cette fonction est de remplir l'espace de liberté réservé au juge qui est précisément, et sciemment, dénommé « libre appréciation des preuves ». Or, en droit, « libre » signifie bien absence de contrainte normative, mais, comme la liberté est ici exercice d'une compétence, elle est juridiquement réglée : l'usage qui en est fait doit être motivé. En ce qui concerne les faits, le juge doit donc expliquer comment il écrit le récit judiciaire. Les règles *abductives* ont cette fonction, même si, souvent, elles ne sont pas explicitées. Mais d'où le juge les tire-t-il ? Elles font partie d'un fonds commun de savoirs, d'expériences, de pratiques, généralement partagé dans la société dans laquelle le juge vit. Ce fonds est aussi celui du juge qui le reprend parce qu'il est intimement persuadé de sa pertinence : il partage cette vision du monde. Sa subjectivité se rationalise par cette reprise, qui a pour effet que le récit qu'il construit grâce à elle peut être généralement compris et accepté. On a donc une rationalité *relative* (il n'est pas certain que le récit corresponde à la réalité de ce qui s'est effectivement passé), que le juge considère qu'il l'a suffisamment établie en référant ce qu'il conçoit *subjectivement* avec des vraisemblances sociales couramment admises : en d'autres mots, les règles abductives lui permettent d'*objectiver* sa *propre* vision du monde.

IV. La mise en œuvre du droit : interprétation et application

Les faits étant établis, on peut aborder maintenant ce qui concerne proprement ce qu'on appelle le raisonnement juridique. Les opérations juridiques en lesquelles il consiste se situent sur deux niveaux : d'abord un axe horizontal, celui de l'interprétation des textes, puis un axe vertical, celui de leur application. C'est le premier qui retient en général l'attention : il s'agit de comprendre le texte *au même niveau d'abstraction* que celui dans

⁶ On appelle abduction le procédé consistant à introduire à titre explicatif, sur la base d'indices, une règle à titre d'hypothèse probable, la situation à expliquer pouvant dès lors être considérée comme un cas particulier tombant sous cette règle. Cf. ECO Umberto, *Sémiotique et philosophie du langage*, trad. Myriem Bouzaher, Paris, 1988, p. 49 ss, (1^{re} éd., *Semiotica e filosofia del linguaggio*, 1984), et *Les limites de l'interprétation*, trad. Myriem Bouzaher, Paris, 1992 (1^{re} éd., *I limiti dell'interpretazione*, 1990).

lequel il est écrit, autrement dit : lorsqu'une notion qu'il emploie n'est pas claire, de la définir – définition qui, dans l'application, va se substituer au texte légal. On définit ainsi son *intension*. Umberto ECO parle d'une logique de dictionnaire⁷. Une fois celle-ci clarifiée, l'application de la loi à un cas concret est une opération d'*extension* : l'affaire en cause est-elle un cas ou un non-cas de la notion légale, le cas échéant redéfinie ? ECO qualifie cette logique d'encyclopédie. C'est un axe vertical, puisque l'opération d'extension doit se référer à un texte de rang supérieur.

V. L'axe horizontal de l'interprétation

A. Du canon méthodologique à l'abduction

On sait suffisamment qu'aucun accord n'existe sur l'objectivité méthodologique de l'interprétation. Les discussions sont à vrai dire largement obérées par l'idée qu'il existerait un *vrai* sens de la norme, que l'interprète aurait pour tâche de découvrir, au sens de révéler ce qui, auparavant, était caché : c'est-à-dire en quelque sorte un *objet* préexistant, et, par conséquent la possibilité d'une *objectivité*. Pour mieux ancrer cette idée, on a inventé la métaphore de la volonté du législateur, comme s'il existait un législateur *personnifié* exerçant sa *volonté*.

Il se trouve certes, non seulement dans la vulgate de théorie du droit, mais aussi dans la pratique, un canon de méthodes d'interprétation, face à un texte qui ne serait pas clair⁸. On sait qu'il n'y a aucune hiérarchie, ni non plus de métaméthode qui dicterait le choix à faire entre elles. Dans la pratique, le juge choisit celle qui lui paraît le mieux convenir au problème posé, et il est légitime alors de se demander si ce n'est pas plutôt dans l'éventail des diverses solutions que chacune présente qu'il détermine la méthode qu'il va retenir, dans une démarche rétrograde. Le problème épistémologique de l'objectivité n'est donc que repoussé.

En réalité, ce que fait le juge en interprétant n'est pas différent, dans la *nature* de l'opération, que ce qu'il fait dans l'établissement des faits. L'analyse syntaxique et lexicale du texte, la fonction qu'il occupe dans l'ensemble de la loi, son intégration dans l'ordre juridique, le contexte de son adoption, les particularités du cas porté devant lui, tous ces éléments lui fournissent un certain nombre d'indices qu'il doit rassembler pour

⁷ ECO (1988, *cit.* n. 6), p. 110 ss.

⁸ On n'insiste pas ici sur le fait que la notion de « clarté » est aussi relative : il y a clarté si et seulement si l'affaire concrète à juger peut sans argumentation spéciale être considérée comme un cas – ou un non-cas – de la notion – en d'autres mots si on ne peut pas juger de l'extension avant d'avoir clarifié son intension.

établir la définition de la notion à interpréter et par conséquent le sens et la portée de la norme : ici aussi il y a abduction. Parfois, les *références internes*, c'est-à-dire celles dont il dispose dans l'ensemble des textes juridiques, lui sont utiles, voire suffisantes : des schémas argumentatifs provenant de la seule contextualité juridique. Mais parfois aussi il recourt à des argumentations qui font appel à des considérations *externes* qu'il choisit sans qu'il y ait aucune obligation juridique à les retenir plutôt que d'autres.

B. Les arguments d'origine externe

Ces argumentations d'origine externe, qui ne sont donc pas dérivées des textes eux-mêmes, sont, sous l'angle qui nous intéresse ici, capitales. Par exemple, ayant à statuer sur un ordre de démolition d'un bâtiment illégal engendrant des frais très élevés qui le rend critiquable sous l'angle du principe de proportionnalité, le juge considère que le prononcé en lieu et place d'une simple amende, avec comme conséquence factuelle le maintien de l'immeuble, donnerait l'impression qu'on pourrait acheter la violation de la loi, ce qui compromettrait le respect dû au droit. Ou, renversant la jurisprudence selon laquelle, pour pouvoir être prononcé, le divorce de doubles nationaux devait être reconnu par les deux États concernés (à une époque où l'Italie ne connaissait pas l'institution), et motivant ce revirement notamment par l'évolution des mœurs depuis l'adoption de la norme (quelques décennies), le juge a considéré qu'il suffisait que l'État de l'époux demandeur (en l'espèce la France) reconnaisse le jugement suisse⁹. Dans l'un et l'autre cas, l'argument et le résultat qui en découle sont raisonnables ; mais on ne peut pas soutenir qu'ils sont juridiquement contraignants – une solution inverse eût été possible qui n'aurait pas été contraire à l'ordre juridique. Le juge a fait un choix subjectif que l'argumentation lui permet d'objectiver en se référant à une exigence de politique administrative ou à l'état actuel des conceptions sociales en matière de permanence d'une structure familiale. La consistance des textes applicables lui permet ce choix, dans la mesure où l'argumentation non juridique a une pertinence suffisante pour s'inscrire raisonnablement en même temps dans l'ordre juridique et dans les connaissances, expériences, conceptions sociales dominantes. Dans la mesure où le texte légal laisse au juge l'espace d'une lecture autonome, ce dernier peut ainsi puiser dans sa propre expérience une solution juste possible – juste, en non pas exacte – et la confronter à ce qu'il perçoit à l'extérieur du système juridique comme socialement recevable.

Autrement dit : la situation épistémologique n'est donc pas différente de celle que nous avons constatée dans l'établissement des faits et de celle que nous constaterons dans l'axe vertical de l'application. Il y a une circulation d'informations entre la société et le système juridique, lesquelles sont de nature à pouvoir pénétrer l'espace que le texte ne

⁹ Pour la petite histoire, l'arrêt a été rendu à une majorité de trois contre deux.

remplit pas avec la clarté requise pour pouvoir être appliqué. Ces informations n'ont rien de contraignant. En cherchant à les faire jouer avec ce que les différentes interprétations possibles du texte rendent ouvert, le juge réunit les indices propres à construire une chaîne abductive, dont la vraisemblance est étayée autant par le texte juridique que par l'expérience sociale.

VI. L'axe vertical de l'application

A. Le problème de la mineure du syllogisme

La fonction principale des définitions est de clarifier le texte, avons-nous dit, en vue d'unifier son application. Mais quel est le problème que pose l'application ? Suffit-il de *définir* pour le résoudre ?

Une définition consiste à énumérer les éléments distinctifs de la notion à interpréter – ses paramètres, dont l'ensemble forme le *programme normatif*.

La définition d'une notion n'est exhaustivement déterminante pour son application que dans les situations où elle peut se réduire pour n'importe laquelle d'entre elles à un, et un seul paramètre toujours identiquement présent¹⁰ dans toutes : ainsi les données chiffrées, les états stabilisés par décision d'autorité (l'état civil), etc. On dit de telles notions qu'elles sont juridiquement déterminées¹¹. Elles ont une totale *densité normative*. Elles sont rarissimes.

Lorsque la densité normative d'une notion n'a pas ce degré d'exhaustivité, il règne logiquement *a priori* un état d'incertitude sur son application dans le cas concret : celui-ci en est-il un cas ou un non-cas ? L'observation de Bruno LATOUR, selon laquelle l'hésitation est le sentiment dominant chez le juge est absolument pertinente¹². Et, s'il y a incertitude, cela signifie que, toujours *a priori*, on se trouve avant le jugement nécessairement dans une situation d'imprévisibilité sur l'issue de l'affaire. Pour y arriver, le juge doit analyser le programme normatif de la notion légale, générale, pour formuler la norme particulière sur la base de laquelle il pourra trancher par simple déduction, en remplaçant dans cette norme le terme abstrait par les noms propres des parties en cause.

¹⁰ Dans son intension.

¹¹ Pour plus de détails sur ce concept, repris de la doctrine allemande, que nous ne faisons qu'esquisser ici, cf. MOOR Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 64 ss ; MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 3^e éd., Berne, ch. 2.1.1.3/a, 4.2.4.

¹² LATOUR Bruno, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, 2004, p. 104, 153/4, 161/2, 181, 187, 202.

La question est dès lors d'établir la relation à établir entre la notion générale et la notion particulière qui constitue la mineure¹³. Cette relation est *a priori* incertaine : la situation juridique paraît à ce moment bifurquée, deux réponses paraissant *a priori* être possibles. Mais il faut choisir, ce qui implique que le juge trouve une argumentation adéquate.

B. Les phases du jugement

On peut préciser ici ce que nous avons laissé dans l'ombre précédemment : la distinction entre le processus de découverte et celui de justification. Le juge part d'abord à la recherche d'une solution, qu'il choisit à titre d'hypothèse. Cette solution, il la formule en fonction de plusieurs motivations, de nature très différente, dont il est impossible – et peu utile – de démêler l'écheveau – et ce serait peu utile, puisqu'il s'agit ici d'une démarche préalable, qui, par la suite, va être contrôlée. Cet écheveau réside dans la personnalité même du juge. Son sentiment de la justice, son instinct juridique, forgé par son expérience pratique, ses connaissances antérieures, sa perception de l'environnement dans lequel se situe l'affaire, ses positions idéologiques font de la formulation de l'hypothèse quelque chose d'éminemment subjectif¹⁴.

La phase de légitimation est proprement celle de l'argumentation : elle sert à vérifier ou à infirmer l'hypothèse. Les deux phases ne se suivent pas forcément ; elles peuvent être concomitantes. Quel cheminement argumentatif permet-il d'intégrer l'hypothèse dans l'ordre juridique ? S'il n'y arrive pas, le juge devra formuler une autre hypothèse. Pour construire son argumentation, il recourra d'abord à des arguments purement juridiques – par exemple des normes constitutionnelles, des jurisprudences antérieures sur des cas analogues. Mais, très fréquemment, ils ne seront pas suffisants, et il lui faudra combler le vide normatif en se référant à des arguments d'origine extérieure : des arguments qui ne trouvent pas (encore)¹⁵ leur fondement dans l'ordre juridique, mais dans les représenta-

¹³ Concrètement : soit un syllogisme judiciaire formulé classiquement : Les actes médicaux accomplis contrairement aux règles de l'art entraîne la responsabilité de leur auteur (la majeure – « actes médicaux accomplis contrairement aux règles de l'art » étant une notion indéterminée) ; or le docteur X a accompli un tel acte (la mineure) ; il est donc responsable (la conclusion). On voit que, manifestement, la mineure est problématique, puisqu'il faut préalablement établir que l'acte en cause est contraire aux règles de l'art, proposition qui constitue, dans la terminologie que nous avons employée, une norme particulière, qui est la véritable mineure du syllogisme.

¹⁴ A titre de boutade, l'un des tenants du *Legal Realism* américain, Jerome FRANK, dans un des ouvrages fondateurs de cette théorie (*Law and the Modern Mind*, 1^{re} éd., New Brunswick/N.J., 1930), exposait la « théorie » dite du petit déjeuner : il est plus utile à l'avocat de connaître ce que le juge a mangé à son lever que les normes applicables au cas qu'il va juger.

¹⁵ Pas encore : parce que, s'ils sont repris par le juge, ils acquièrent valeur juridique et sont dès lors intégrés dans l'ordre juridique ; la jurisprudence doit donc bien être considérée comme une source du droit, même si son impérativité est relative.

tions sociales, les coutumes, les pratiques, les connaissances sociales, etc.¹⁶ Le juge puise alors dans un univers qui ne se présente pas nécessairement de manière univoque, ce qui l'amène de nouveau à choisir.

Enfin, le juge rédige son jugement. Cette phase est capitale : écrire sert à permettre factuellement la publication des motifs, par opposition à une justice orale, mais aussi, sinon surtout, en explicitant l'argumentation, à l'auteur du texte de vérifier ce qu'il a auparavant peut-être seulement pensé. Il ne le fait pas pour rapporter ses différentes démarches, mais pour démontrer que la solution qu'il a retenue est celle qui s'intègre et dans l'ordre juridique et dans l'environnement social, autrement dit que la norme particulière à laquelle il a abouti peut être reçue par la société. À vrai dire, il est rarissime que la « société » écoute le discours de la motivation ; mais celui-ci est néanmoins rédigé de telle manière qu'il s'adresse, avec toute la rigueur persuasive possible, non pas seulement aux parties – d'ailleurs la partie qui succombe ne voudra sans doute pas l'entendre – mais à l'ensemble de la communauté – celle-ci étant, il est vrai, représentée par le corps des juristes. Cela donne au jugement l'aspect d'un produit fini, qui ne reproduit que partiellement l'histoire de sa production.

Conclusion

La précompréhension que le juge tire de sa subjectivité joue dans tous les cas de rationalité bifurquée, qu'il s'agisse de l'établissement des faits, de l'interprétation ou de l'application du droit. Ces cas ne sont pas isolés ; ils sont même plus nombreux qu'on veut bien l'admettre généralement, et cela même pour les normes parmi les plus importantes : que l'on pense par exemple au droit de la responsabilité civile ou à la garantie de la liberté personnelle.

Mais le juge n'est pas maître de sa subjectivité. D'une part, elle est limitée par les textes légaux, particulièrement par leur programme normatif. Sous cet angle, ce programme exclut des considérations qui ne peuvent pas être rattachées à ses paramètres. D'autre part, le juge est lié par l'exigence générale de rationalité propre au droit : il doit motiver ses choix. Ce n'est cependant pas *sa* rationalité qui doit les lui dicter, mais une rationalité objective, c'est-à-dire qui est *de nature* à être partagée par tous les sujets de droit de la collectivité à laquelle il appartient. L'objectivation est donc relative : une autre solution, sans doute moins « objective », eût été pensable, mais moins persuasive parce que moins généralement acceptable, en même temps que moins généralement acceptable parce que moins persuasive.

¹⁶ Sur les schémas argumentatifs, cf. MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique*, Genève/Zurich/Bâle, 2010, p. 271 ss.

Cette objectivation relative a en conséquence un aspect fonctionnel. Le discours de la motivation a bien pour but de faire apparaître que le choix fait par le juge est indépendant de sa subjectivité. Mais il n'a pas pour effet de supprimer la sphère de liberté que la norme laisse au juge : c'est à celui-ci de remplir le vide normatif existant à l'intérieur même de la norme. Bien plus, c'est sa fonction. Ce faisant, il dit autant le droit qu'en appliquant une norme à forte densité normative ; la différence réside cependant en ce que remplir le vide normatif consiste à créer des normes particulières. Ce que le juge prend comme usages, savoirs, expériences dans la pratique qu'en a la société devient par le fait même de cette reprise une norme juridique.

L'indétermination des textes ne doit dès lors pas être comprise comme une sorte de péché originel qui affecterait définitivement un droit par nature imparfait, le droit « idéal » étant conçu comme celui dont l'application serait en tous les cas absolument prévisible. Non seulement l'imprévisibilité de l'application permet la prise en considération de la singularité des affaires qui lui sont soumises, mais aussi, sinon surtout, rend possible la communication permanente d'informations entre la société et le système juridique – une communication, toutefois, canalisée dans la clôture des textes légaux de ce système, dont les programmes normatifs servent de cadre restrictif à l'imagination judiciaire. Si le législateur est l'acteur principal du système juridique en ce qu'il reçoit et travaille au plus haut niveau les informations qu'émet la société, le juge continue son œuvre. L'un se situe dans la dimension macropolitique, l'autre se trouve dans la situation d'accomplir une micropolitique¹⁷.

Ce pouvoir, le juge le légitime en recourant à des schémas argumentatifs qu'il reprend de la société – il se légitime dans la dimension politique de son activité créatrice et garantit ainsi, politiquement, l'acceptabilité sociale de sa *juris dictio*¹⁸. Mais en même temps, par le fait même de cette reprise, il légitime celle des représentations sociales qu'il sélectionne en leur donnant le statut de normes. Cette communication est nécessaire pour permettre un *certain* dynamisme à l'intérieur même de la stabilité des normes générales. Mais elle présuppose que le juge bénéficie d'une *certaine* liberté, pour qu'il puisse entendre les informations sociales et les travailler jusqu'à sélectionner celle qui lui paraît en même temps la plus raisonnable et la plus conforme au programme normatif qu'il a à appliquer. Cette liberté serait privée de sens si elle ne s'y manifestait pas comme subjectivité ; elle ne serait qu'une machine enregistreuse.

¹⁷ MOOR (2005, *cit.* n. 11), p. 52 ss, et (2010, *cit.* n. 16), p. 298 ss. Nous entendons ici politique au sens que lui a donné CASTORIADIS : « L'activité collective, réfléchie et lucide, qui surgit à partir du moment où est posée la question de la validité de droit des institutions » (CASTORIADIS Cornelius, notamment *Les carrefours du labyrinthe III : Le monde morcelé*, Paris, 1990, p. 113 ss, ou *Les carrefours du labyrinthe IV : La montée de l'insignifiance*, *eod. loc.*, 1996, p. 120).

¹⁸ Heureux néologisme, inventé par Gérard TIMSIT.

Réflexions sur l'art. 104 al. 2 CPP

Sommaire

	Page
Introduction	335
I. Les institutions habilitées à octroyer la qualité de partie à d'autres autorités	336
II. La notion d' « <i>autorités</i> » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP	337
A. Principes et généralités	337
B. Position de la doctrine	342
C. Jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 144 IV 240)	343
Conclusion	344
Bibliographie	344

Introduction

Le Code de procédure pénale suisse¹ définit la qualité de partie à l'art. 104 al. 1 CPP. Ainsi, ont la qualité de partie, le prévenu, la partie plaignante (al. 1 let. a et b) et le Ministère public, ce dernier lors des débats et dans la procédure de recours (al. 1 let. c).

L'art. 104 al. 2 CPP réserve cette qualité à d'autres autorités. Ainsi, l'art. 104 al. 2 CPP précise que la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics.

Cependant, la notion d'« *autorités* » est indéterminée et le législateur ne l'a pas définie dans le CPP. Tout au plus, les participants au procès pénal devront-ils s'inspirer du Mes-

* Professeur à l'Université de Lausanne, doyen de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

** Master en Droit, collaboratrice scientifique, doctorante, Centre de droit pénal, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

¹ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

sage relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005² et à la position de la doctrine, ainsi que des règles fédérales ou cantonales existantes³.

Qu'entend le législateur par « *autres autorités chargées de sauvegarder les intérêts publics* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP ? Faut-il une base légale dans la loi ? Une simple autorisation écrite, du canton ou de la Confédération suffit-elle ? L'organe « *étatique* » doit-il être rattaché, organiquement, à l'État ? Ou peut-il être une émergence d'une collectivité de droit public mixte ou d'une collectivité privée ? Qu'en est-il de l'autorité communale dont le droit cantonal, par hypothèse, recourrait, par analogie, aux dispositions du CPP à titre de droit supplétif ?

Il convient de rappeler que, depuis 2011, la procédure pénale unifiée, relève de la compétence de la Confédération en vertu de l'art. 123 al. 1 et 2 Cst. Ainsi, selon les art. 46 al. 3 et 47 al. 1 et 2 Cst., la Confédération respecte l'autonomie des cantons et leur laisse suffisamment de tâches propres. Elle respecte en outre leur autonomie d'organisation tout en leur laissant une marge de manœuvre aussi large que possible. Toutefois, selon le principe de la primauté du droit fédéral, les cantons ne peuvent adopter de dispositions contraires au droit fédéral.

Telles sont les questions envisagées dans le cadre de cette contribution au récipiendaire de cet ouvrage.

I. Les institutions habilitées à octroyer la qualité de partie à d'autres autorités

Le CPP régit l'activité des représentants de l'État, tant au niveau fédéral que cantonal. À ce titre, les conditions posées à l'art. 104 al. 2 CPP sont claires. Seuls, en principe, la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder l'intérêt public.

La commune peut-elle être considérée comme une « *autorité* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP, à l'instar de celles pouvant être désignées par la Confédération et les cantons ?

Dans la mesure où une loi cantonale sur les communes, qui se référerait par analogie, au droit cantonal ou respectivement au droit fédéral de procédure pénale pour poursuivre

² FF 2006 1057, 1141 ss.

³ LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 10 et 14, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; SCHMID/JOSITSCH, StPO-PK, n^o 7 ss ad Art. 104 CPP ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 23 ss ; JEANNERET/KUHN, n^{os} 7039-7040 ; CR CPP-BENDANI, art. 104 CPP N 27 ; PITTELOUD, art. 104 CPP N 236 ; SCHODER, n^{os} 1 ss.

des contraventions de droit communal, peut-on concevoir que la qualité de partie soit étendue aux représentants de la commune, nonobstant le texte, précis, de l'art. 104 al. 2 CPP ?

La doctrine a une opinion tranchée. Plusieurs auteurs considèrent que, compte tenu du texte clair de la loi, les autorités communales ne sauraient conférer ce titre à l'un de leurs services, respectivement à une association représentative au sens de l'art. 104 al. 2 CPP⁴. Dans le cadre de l'application du droit fédéral et du CPP, il nous paraît que le texte est clair et permet difficilement une interprétation extensive. En ce sens, l'art. 104 al. 2 CPP n'autorise pas la moindre intervention d'une commune, respectivement d'un service de celle-ci.

Plus délicate est la question lorsque l'infraction commise relève du droit pénal réservé aux cantons aux conditions de l'art. 335 CP. Si le canton, dans une loi qui relève de son autonomie pénale, édicte des dispositions pénales et réserve la poursuite et le jugement par application analogique des dispositions du CPP fédéral, rien n'empêche à notre avis le législateur cantonal de déléguer la poursuite ou la qualité d'autorité étatique à un service communal expressément désigné à cet effet dans la loi. En pareil cas, le principe de primauté du droit fédéral (application uniforme et exclusive du CPP) disparaît. De même, le recours en matière pénale à la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral (art. 78 al. 1 LTF⁵) est ouvert.

II. La notion d'« autorités » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP

A. Principes et généralités

Concrètement, le CPP ne définit pas ce qu'il faut entendre par « autorités » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Tout au plus, la disposition précise qu'il doit s'agir d'une autre autorité que le Ministère public qui, en vertu de l'art. 104 al. 1 CPP, dispose de la qualité de partie lors des débats ou dans la procédure de recours.

Le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 n'apporte guère plus de clarté⁶. Le Conseil fédéral se contente de rappeler l'origine de l'art. 104 al. 2 CPP. Celui-ci n'est que le reflet d'anciennes règle-

⁴ Voir notamment, LIEBER, Art. 104 StPO n° 14, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 23 ss.

⁵ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

⁶ FF 2006 1057, 1141 ss.

mentations cantonales qui permettaient à certaines autorités, telles que des autorités d'assistance et d'aide sociale et des autorités de protection de l'environnement, d'intervenir en justice en cas d'infractions commises dans leur domaine de compétence⁷. En revanche, il n'est nulle part fait mention des conditions que devrait revêtir une autorité pour bénéficier de la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. À la lecture du Message, la notion d'« *autorités* » comprend notamment les autorités d'assistance et d'aide sociale et les autorités de protection de l'environnement⁸. Le Conseil fédéral se demande si cette notion peut également inclure des associations chargées de la protection des intérêts de la collectivité telles que des associations militant pour la protection des animaux, la lutte contre le racisme ou œuvrant dans le domaine de l'écologie. Après le rappel de deux motions allant dans ce sens⁹, le Conseil fédéral renonce à leur reconnaître la qualité de parties. Il justifie ce choix en précisant que le Code pénal et le droit de procédure pénale prévoient une seule autorité exerçant le monopole de la justice répressive de l'État, le Ministère public. En outre, le refus du Conseil fédéral d'instaurer un « *avocat des animaux* » dans le CPP va dans le même sens. Il précise que les cantons restent libres d'octroyer la qualité de partie et les droits y afférant à un tel défenseur public pour autant que ce dernier soit rattaché à une autorité de poursuite pénale œuvrant pour la protection des animaux, qu'il n'agisse pas de manière indépendante et qu'il soit soumis à certaines directives¹⁰.

En matière de droit public et de droit administratif, la notion d'« *autorités* » a une portée large. Elle s'applique à tous les organes qui exercent des fonctions étatiques avec compétence souveraine sur la base du droit cantonal ou fédéral¹¹. À titre d'exemples, la Loi fédérale sur la protection de l'environnement¹² (LPE) et la Loi fédérale sur la protection de la nature et du patrimoine culturel¹³ (LPN) accordent la qualité pour agir, soumise à certaines conditions spécifiquement prévues par la loi, à des associations¹⁴. Ces compétences se limitent à la qualité d'intervention ou de recours contre les décisions d'autorités cantonales ou fédérales relatives à la planification ou à la protection susceptibles de porter atteinte à l'environnement ou au paysage, et non pas en matière de procédure pénale. Cela vaut pour autant que la loi confère expressément à l'autorité la faculté de

⁷ FF 2006 1057, 1141.

⁸ *Ibidem*.

⁹ FF 2006 1057, 1141 et 1142.

¹⁰ FF 2006 1057, 1087 et 1088.

¹¹ BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 26 ; SCHODER, n° 14.

¹² Art. 55 al. 1 et 2 de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE), RS 814.01.

¹³ Art. 12 al. 1 let. b et al. 2 de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du patrimoine culturel (LN), RS 451.

¹⁴ SCHODER, n° 13.

déposer plainte ou d'intervenir directement à la procédure pénale (autorités de recouvrement des pensions alimentaires au sens de l'art. 217 al. 2 CP).

Ainsi, pour le droit fédéral, dans le domaine du DPA¹⁵, lorsque la personne touchée par un prononcé pénal de l'administration demande à être jugée par un Tribunal (art. 21 al. 2 DPA), lorsqu'une peine, une mesure privative de liberté ou une expulsion paraît envisageable justifiant la saisine d'un Tribunal (art. 21 al. 1 DPA) ou encore lorsque le Conseil fédéral défère l'affaire à la Cour des affaires pénales (art. 21 al. 3 DPA), l'administration concernée a la qualité de partie devant les Tribunaux cantonaux (art. 74 al. 1 DPA) ou fédéraux (art. 81 DPA), celle-ci pouvant recourir, de façon indépendante du Ministère public, contre les jugements cantonaux ou fédéraux conformément aux dispositions du CPP. Dans ce contexte, l'administration assume le rôle de tierce administration aux conditions de l'art. 104 al. 2 CPP. Il en va de même, en droit cantonal, certaines dispositions dans les lois d'introduction du CPP ayant réglé la question¹⁶.

S'agissant du CPP, tel qu'il ressort des travaux préparatoires et à la différence du DPA, le législateur a opté pour une interprétation restrictive de la notion d'« *autorités* ». Il exclut ainsi de celle-ci tant les particuliers non rattachés à une autorité (avocat chargé de défendre en justice les intérêts des animaux) que les associations de droit privé (art. 60 ss CC) chargées de la protection des intérêts publics. On pensera, en particulier, à des associations à but idéal luttant contre le racisme au sens de l'art. 261^{bis} CP. Pour le Tribunal fédéral, une association comme la Ligue internationale contre le racisme (LICRA) n'a pas la qualité de partie ou de lésé dans la mesure où elle n'est qu'indirectement touchée par l'infraction¹⁷. Exceptionnellement, l'association pourra intervenir, mais comme lésée au sens des art. 104 al. 1 let. b et 115 al. 2 CPP si elle a été directement visée¹⁸. Il en découle que la *ratio legis* de l'art. 104 al. 2 CPP est d'instaurer, dans la mesure où le droit fédéral ou cantonal le permet, la faculté pour une autorité étatique d'agir aux côtés du Ministère public puisqu'elle ne peut intervenir en qualité de lésé direct au sens de l'art. 104 al. 1 CPP¹⁹.

Cela dit, rien n'exclut que le législateur **fédéral** reconnaisse des droits de parties, au sens de l'art. 104 al. 2 CPP à une fondation de droit privé (art. 80 ss CC). Tel est le cas de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (LESp) qui reconnaît

¹⁵ Loi Fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

¹⁶ PERRIER DEPEURSINGE, art. 104 al. 2 CPP.

¹⁷ ATF 143 IV 77, c. 4.6 *in fine* ; ATF 125 IV 206, c. 2a.

¹⁸ Par exemple, victime directement d'insultes ou directement diffamée ou calomniée au sens des art. 173 ss CP.

¹⁹ Pour le TF, si l'autorité administrative fait valoir une créance de droit public, à l'image du remboursement de prestations sociales indues, elle n'a pas la qualité de lésé. En effet, elle exerce tout au plus des fonctions publiques et n'assume pas ses propres intérêts. Elle assume une tâche étatique et n'est pas titulaire du bien juridiquement protégé : TF, 6B_158/2018 du 11 juillet 2018, c. 2.1, 2.2 et 2.5.

la qualité de partie, à des conditions strictes, à l'autorité compétente en matière de lutte contre le dopage²⁰.

Conformément aux art. 19 et 23 al. 3 de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et des activités physiques (LESp), la fondation « *Antidoping Suisse* », Centre de compétences indépendant pour la lutte antidopage en Suisse, financée par la Confédération et par *Swiss Olympic*, a le droit de faire recours contre les ordonnances de non-entrée en matière et de classement, de former opposition contre les ordonnances pénales comme d'interjeter appel ou appel joint contre les jugements au pénal²¹. S'agissant d'infractions portant sur la manipulation des compétitions (art. 25a ss LESp), le législateur a autorisé l'autorité de poursuite pénale compétente (le Ministère public du canton concerné) à associer à l'instruction l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution visée à l'art. 105 de la Loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAR)²², en l'occurrence la Comlot (Commission intercantonale des loteries et paris). Celle-ci dénonce les cas de manipulations (art. 25b al. 2 LESp) et a la qualité pour recourir contre les ordonnances de non-entrée en matière et de classement, de former opposition contre les ordonnances pénales et d'interjeter appel ou appel joint contre les aspects pénaux du jugement²³. Qu'il s'agisse de la Fondation « *Antidoping Suisse* » ou de la Comlot, leur intervention est strictement circonscrite au cadre de l'art. 104 al. 2 CPP. Celles-ci n'ont pas de prétentions civiles directes et n'interviennent pas comme parties plaignantes au sens de l'art. 104 al. 1 CPP. Ainsi, leurs interventions se limitent au contrôle de la bonne application de la loi : recours contre une non-entrée en matière, contre un classement de la procédure, opposition à l'ordonnance pénale, appel contre le jugement cantonal prononçant l'abandon de poursuites pénales et appel joint. On peut imaginer aussi l'appel à l'encontre du refus de confisquer ou contre l'abandon des frais à la charge de l'État. Il nous paraît cependant douteux que ces autorités puissent appeler contre la quotité de la peine, dans la mesure où celle-ci n'a aucune incidence sur leur position procédurale puisque ces autorités n'ont pas de prétentions civiles *ipso iure* à faire valoir.

La situation est-elle identique, pour ce qui concerne la « *class action* » instaurée par la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)²⁴ ?

Les art. 10 et 23 al. 2 LCD confèrent le droit d'intenter l'action pénale (à côté de l'action civile) en matière de concurrence déloyale aux associations professionnelles et aux associations économiques dont les statuts autorisent la défense des intérêts économiques de

²⁰ Sur ces questions, art. 23 (spéc. al. 3) de la Loi fédérale du 7 juin 2011 sur l'encouragement du sport et des activités physiques (LESp), RS 415.0.

²¹ Sur ces questions, VOUILLOZ, p. 347.

²² Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJAR), RS 935.51.

²³ Sur ces questions, BOSS, p. 54.

²⁴ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

leurs membres ainsi qu'aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs. On rappellera, à ce titre, que l'art. 10 al. 3 LCD permet à la Confédération²⁵, si elle le juge nécessaire, notamment en matière de protection de l'intérêt public qu'il s'agisse de réputation de la Suisse à l'étranger ou de l'intérêt de plusieurs personnes, elle aussi, d'intervenir sur le plan pénal²⁶. Le Tribunal fédéral a considéré, sous l'empire de la Procédure pénale fédérale (PPF), abrogée depuis lors, que les associations professionnelles pouvaient prendre, à titre de prétentions civiles, toutes conclusions en interdiction, en cessation et en constatation du caractère illicite d'une infraction au sens de l'art. 9 al. 1^{er} LCD. Pour le Tribunal fédéral, le classement d'une procédure, faute d'éléments objectifs, pouvait avoir des effets sur le jugement de prétentions civiles, d'où la faculté d'alors pour les associations professionnelles et économiques ainsi que pour les organisations de consommateurs de déposer un pourvoi en nullité (avant l'entrée en vigueur de la LTF) dans le domaine de la concurrence déloyale²⁷.

Concrètement, ces associations ont le rôle de parties plaignantes au sens de l'art. 104 al. 1 let. b et 115 al. 2 CPP et non pas seulement de tierces parties autorisées au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Leur qualité pour agir devant le Tribunal fédéral a cependant évolué. En effet, à la suite de la révision de l'art. 270 PPF, qui permettait exclusivement à la victime au sens de la Loi Fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)²⁸ de se pourvoir en nullité, le Tribunal fédéral avait considéré, avec raison alors, que ni l'association professionnelle ni le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) n'avaient la qualité pour se pourvoir en nullité²⁹. C'est ce qui a permis à certains auteurs d'affirmer, à l'époque, que ces associations n'avaient plus la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral³⁰.

Avec la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, et qui a restauré le texte de l'ancien art. 270 PPF, la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral a été pour l'instant rétablie (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF)³¹.

²⁵ En vertu de l'art. 23 al. 3 LCD, la Confédération dispose dans la procédure des mêmes droits qu'une partie plaignante.

²⁶ Voir notamment article 1^{er} de l'Ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale (OCF), RS 241.3 qui permet au SECO (Secrétariat d'État à l'économie) de représenter la Confédération dans les procédures civiles et pénales.

²⁷ ATF 120 IV 154, JdT 1996 IV 127.

²⁸ Loi Fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5.

²⁹ TF, 6S.701/2001/ROD du 27 février 2002, c. 4b.

³⁰ CHAIX/BERTOSSA, pp. 199-200.

³¹ L'ATF 120 IV 154 précité conserve désormais toute sa valeur.

À part ces exceptions prévues spécifiquement par la loi, qui semblent aller dans le sens d'une conception plus large de la notion d'« *autorités* », force est de constater, à ce stade de l'analyse, qu'en principe la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP est réservée à des autorités étatiques.

B. Position de la doctrine

De façon générale, la doctrine considère qu'il faut interpréter la notion d'« *autorités* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP de manière restrictive³².

Ainsi, la doctrine majoritaire n'estime guère admissible l'octroi de droits de partie, par la Confédération ou le canton, à des entreprises semi-étatiques comme à des établissements de droit public ou à des privés (personnes individuelles ou associations) guère admissible. En ce sens, l'octroi serait par conséquent limité aux autorités au sens étroit³³.

Dans le même sens, KETTIGER est d'avis que seul un service de l'État, respectivement un organe de l'État (soumis à la surveillance de ce dernier ou intégré à l'organisation de l'administration) peut revêtir la qualité d'autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Toujours selon cet auteur, une personne individuelle pourrait assumer la fonction d'autorité étatique pour autant qu'il s'agisse d'un poste de fonctionnaire prévu par la loi (auquel la personne concernée aurait été élue à l'issue d'une procédure également prévue par la loi et ouverte aux concurrents), et dans la mesure où le poste est soumis à la surveillance directe d'un autre organe cantonal³⁴.

D'autres auteurs sont toutefois d'un autre avis et militent pour une acception plus large de la notion d'autorité. C'est le cas de PITTELOUD³⁵ qui rappelle que les cantons peuvent désigner formellement comme parties des institutions de droit public.

De son côté, SCHODER préconise également une interprétation plus large de la notion d'autorité et ce, au sens du droit public et du droit administratif³⁶. Selon cette autrice, les travaux préparatoires ne sont guère clairs mais, une chose est sûre, les cantons devraient conserver leur autonomie dans certains domaines, à l'image de la protection des animaux³⁷. Ainsi, les cantons devraient être autorisés à octroyer, en se fondant sur l'art. 104

³² LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 10 et 14, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; LIEBER, RPS, p. 175 ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 26 et 28 ; JEANNERET/KUHN, n^o 7040.

³³ LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 14 et 18, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; LIEBER, RPS, p. 174 ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; BSK StPO-Küffer, Art. 104 N 26 et 28 ; JEANNERET/KUHN, n^o 7040.

³⁴ KETTIGER, n^o 7.

³⁵ PITTELOUD, n^o 236.

³⁶ SCHODER, n^o 15.

³⁷ *Ibidem.*, n^o 32.

al. 2 CPP, le droit de représenter les intérêts publics dans le cadre d'une procédure pénale à des autorités administratives privées³⁸.

Ainsi la doctrine, à l'instar du législateur, nonobstant quelques avis contraires, semble peu favorable à une interprétation extensive de l'art. 104 al. 2 CPP.

C. Jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 144 IV 240)

Récemment, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la portée de l'art. 104 al. 2 CPP et l'interprétation que l'on devrait conférer à ce texte. Dans un arrêt publié³⁹, le Tribunal fédéral a reconnu que la notion d'« autorités » devait être interprétée de façon stricte. Il relève qu'il n'est pas déterminant de savoir si l'entité est organisée selon le droit public ou selon le droit privé⁴⁰. Le Tribunal fédéral dégage ensuite quatre conditions que doit revêtir une association pour bénéficier de la qualité de partie⁴¹. Dans un premier temps, l'autorité doit s'être vu confier l'accomplissement d'une tâche de droit public qui incombe à la collectivité⁴². Pour ce faire, elle doit bénéficier de compétences souveraines⁴³. Par ailleurs, la gestion et la comptabilité pour l'accomplissement de ces tâches doivent être soumises à la surveillance de l'État⁴⁴. Enfin, le Tribunal fédéral relève que l'activité de l'autorité en question doit être financée par l'État⁴⁵.

Ainsi, il ne saurait être accepté que l'État ou un canton confère, de façon trop générale, c'est-à-dire, sans que cela soit prévu dans une loi et en ne respectant pas les conditions mentionnées ci-avant, la qualité de partie à une association. Il en va de même, s'agissant d'une autorité allouant l'aide sociale à l'égard d'un justiciable, qui aurait abusé de cette dernière⁴⁶. En l'espèce, l'association de protection des animaux à laquelle le canton de Berne avait accordé, certes dans une loi cantonale, la qualité de partie, n'est, d'une part, pas suffisamment liée à la collectivité ni surveillée dans ses activités par cette dernière et, d'autre part, l'association ne dispose pas de compétence souveraine et n'est pas financée par le canton. Le Tribunal fédéral arrive donc à la conclusion que le canton de Berne a violé le droit fédéral en accordant la qualité de partie à cette association de protection des animaux.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ATF 144 IV 240, JdT 2018 IV 358.

⁴⁰ ATF 144 IV 240, JdT 2018 IV 358, c. 2.5.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ TF, 6B_158/2018 du 11 juillet 2018 précité.

Conclusion

La notion d'« autorités », au sens de l'art. 104 al. 2 CPP n'est pas claire. Celle-ci est abandonnée aux législateurs cantonaux et fédéraux dans la mesure de leur compétence. On pourrait même imaginer à la rigueur du droit, dans le domaine réservé par l'art. 335 CP, qu'une commune puisse octroyer à l'un de ses services la faculté, non seulement de dénoncer mais d'intervenir dans la procédure pénale au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. L'autorité, au sens de cette disposition, est essentiellement étatique et doit trouver sa légitimité dans une loi expresse. Il en va de même si le droit fédéral abandonne cette prérogative à des associations dûment désignées ou à des sociétés mixtes de droit public. Le critère, pour ces dernières, est l'accomplissement d'une tâche de droit public, des compétences souveraines, la surveillance et le financement par l'État.

Peut-être faudrait-il que le législateur rédige de façon plus claire et précise la portée de l'art. 104 al. 2 CPP en s'inspirant, notamment, de l'ATF 144 IV 240. Telles sont les réflexions proposées par les soussignés au récipiendaire.

Bibliographie

- BOSS Philippe Vladimir, Manipulations de compétitions sportives (match fixing) : aspects pénaux de la nouvelle loi fédérale sur les jeux d'argent, *Forum Poenale* 1/2019, pp. 52-57.
- CHAIX François / BERTOSSA Bernard, La répression de la discrimination raciale : lois d'exception ? *SJ* 2002 II pp. 177-205.
- DONATSCH Andreas / HANSJAKOB Thomas / LIEBER Viktor (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^e éd., Zurich 2014 (cité : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER).
- JEANNERET Yvan / KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018.
- KETTIGER Daniel, Tierschutzanwalt : Was lässt das Bundesrecht künftig noch zu ?, *Jusletter* 29 Mars 2010.
- KUHN André / JEANNERET Yvan (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010 (cité : CR CPP-AUTEUR, art. 1 N 1).
- LIEBER Viktor, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung, *RPS* 126/2008, pp. 174-192 (cité : LIEBER, RPS, p. 1).
- NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JSStPO)*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR, Art. 1 N 1).
- PERRIER DEPEURSINGE Camille, *CPP annoté, LOAP, PPMIn, LAVI, LTF, DPA et droit cantonal romand d'application du CPP*, Bâle 2015.
- PITTELOUD Jo, *Code de procédure pénale suisse*, Zurich/St-Gall 2012.

SCHMID Niklaus / JOSITSCH Daniel, *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017.

SCHMID Niklaus / JOSITSCH Daniel, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017 (cité : StPO-PK, n° 1).

SCHODER Charlotte, Tierschutzorganisationen als Behörden mit Parteistellung im Strafprozess, *Jusletter* du 20 novembre 2017.

VOUILLOZ François, Le nouveau droit pénal suisse du dopage, *RVJ* 2013 pp. 333-353.

Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés

Sommaire	Page
Introduction	348
I. Délimitation des compétences	348
A. Compétence du juge de l'expropriation	349
B. Compétence du juge civil	349
1. Absence du droit d'exproprier	349
2. Absence d'intérêt public de l'ouvrage	350
3. Caractère évitable du dommage	350
II. Expropriation des droits de voisinage	351
A. Juge de l'expropriation : autorité compétente	352
B. Expropriant	352
C. Exproprié	353
D. Saisine du juge de l'expropriation	353
1. En cas d'ouverture d'une procédure d'expropriation	353
2. En l'absence d'une procédure d'expropriation préalable	355
E. Indemnité d'expropriation	357
1. Conditions d'octroi	357
a) Nuisances causées par l'exploitation d'un ouvrage d'intérêt public	357
b) Nuisances provenant de la construction d'un ouvrage d'intérêt public	357
2. Etendue de l'indemnité	358
a) Nuisances causées par l'exploitation d'un ouvrage d'intérêt public	358
b) Nuisances provenant de la construction d'un ouvrage d'intérêt public	359
Conclusion	359
Bibliographie	360

* Maître d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne et présidente auprès du Tribunal d'arrondissement de la Côte.

Introduction

L'exploitation ou la construction d'un ouvrage public peut causer des nuisances créant ainsi un dommage pour les fonds voisins.

L'objet de la présente contribution est d'examiner, en particulier à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les moyens de droit dont disposent les personnes lésées pour obtenir réparation du dommage subi.

Se pose tout d'abord la question de savoir qui du juge civil ou du juge de l'expropriation est compétent pour statuer sur les prétentions des lésés.

Puis, en cas d'expropriation des droits de voisinage, il conviendra d'examiner la procédure à suivre pour les voisins lésés afin de faire valoir leurs droits ainsi que les conditions d'octroi d'une indemnité et, cas échéant, son étendue, que ce soit en raison de nuisances causées par l'exploitation d'un ouvrage d'intérêt public ou que ces nuisances proviennent de sa construction.

I. Délimitation des compétences

Aux termes de l'art. 679 al. 1 CC, celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit peut actionner celui-ci pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

L'art. 679 CC introduit ainsi une responsabilité du propriétaire d'immeuble pour les dommages causés à ses voisins à la suite d'une violation des art. 684 ss CC.

L'admission des actions ouvertes selon l'art. 679 CC est subordonnée à la réalisation de trois conditions : un excès dans l'utilisation du fonds, une atteinte aux droits du voisin et un rapport de causalité entre l'excès et l'atteinte ; elle est donc indépendante de la faute du défendeur¹. L'art. 679 CC n'envisage que le cas d'un dommage, mais le voisin est aussi protégé contre des atteintes qui ne constituent pas un dommage au sens strict de ce terme, par exemple contre des bruits excessifs².

¹ STEINAUER, N 1908, 1909 et 1929.

² STEINAUER, N 1918.

A. Compétence du juge de l'expropriation

L'art. 679 CC s'applique évidemment lorsque le fonds d'où émane l'atteinte appartient à une personne privée mais également lorsque le fonds est propriété d'une collectivité publique. Cela vaut sans restriction lorsque le fonds entre dans le patrimoine fiscal de celle-ci, mais en principe également lorsque son usage est commun ou relève de son patrimoine administratif (par exemple, les gares, hôpitaux ou écoles)³.

Toutefois, dans ces deux dernières hypothèses, afin de ne pas entraver la collectivité publique dans l'accomplissement de ses tâches, le voisin est privé des droits garantis par le Code civil lorsque les immissions proviennent de l'utilisation, conforme à sa destination, d'un ouvrage d'intérêt public, pour lequel le propriétaire ou le concessionnaire bénéficie du droit d'exproprier, et que ces immissions ne peuvent être évitées ou ne peuvent l'être qu'à des coûts disproportionnés. Le lésé peut alors prétendre au versement d'une indemnité d'expropriation qui se substitue à l'action privée. Il appartient ainsi au juge de l'expropriation et non plus au juge civil de statuer sur l'existence du droit à l'indemnité et sur le montant de celle-ci⁴. Cette expropriation des droits de voisinage n'est en réalité rien d'autre que la constitution forcée d'une servitude foncière grevant le fonds voisin en faveur du fonds du propriétaire de l'ouvrage d'intérêt public : son objet consiste dans l'obligation de tolérer les immissions⁵.

B. Compétence du juge civil

Au vu de la jurisprudence précitée, lors de travaux entrepris par une collectivité publique ou un concessionnaire, le juge civil est compétent lorsque ceux-ci ne bénéficient pas du droit d'exproprier, que l'ouvrage n'est pas d'intérêt public ou que le dommage était évitable.

Dans ces hypothèses, la responsabilité de la collectivité fondée sur l'art. 679 CC peut être engagée.

1. Absence du droit d'exproprier

Savoir si la collectivité publique ou le concessionnaire bénéficie du droit d'expropriation doit être examiné de cas en cas.

³ ATF 143 III 242 c. 3.5 ; arrêt TF 5A_587/2015 du 22 février 2016 c. 2.3.1.

⁴ ATF 143 III 242 c. 3.5 et les réf. ; arrêt TF 5A_587/2015 du 22 février 2016 c. 2.3.1 et les réf.

⁵ ATF 132 II 427 c. 3 et les réf., JdT 2007 I 739.

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé, dans une affaire vaudoise, que la commune, bien qu'étant au bénéfice d'une concession pour usage d'eau octroyée par l'État de Vaud, et portant sur l'usage du port de plaisance, n'était pas autorisée à exproprier les droits de voisinage pour effectuer des travaux de sécurisation du port⁶.

Dans le même sens, le Tribunal fédéral a considéré qu'une société d'économie mixte au bénéfice d'une concession d'utilisation privative du domaine public et d'un droit de superficie en vue de la construction et de l'exploitation d'un parking public souterrain ne jouissait pas d'un droit d'expropriation pour l'exécution des travaux⁷.

Dans les deux cas, la Haute Cour a confirmé la compétence du juge civil pour statuer sur l'action en dommages-intérêts ouverte par les voisins lésés. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que, d'une manière générale, il convenait de retenir moins facilement le caractère excessif des nuisances et de placer plus haut le seuil de la tolérance lorsque l'intérêt public est en jeu. Toutefois, une fois l'atteinte excessive admise, l'intérêt public de l'ouvrage ne justifie pas une réduction du montant des dommages-intérêts⁸.

2. Absence d'intérêt public de l'ouvrage

Le Tribunal fédéral a nié que des extractions de gravier effectuées à des fins industrielles et pour lesquelles le canton a perçu une redevance répondent à un intérêt public supérieur⁹.

Le Tribunal cantonal vaudois a, quant à lui, jugé que la réparation de la digue d'un port ne pouvait pas être considérée d'intérêt public aux motifs que seule une minorité de la population bénéficiait concrètement d'un droit d'amarrage et dès lors des travaux de sécurisation du port¹⁰.

3. Caractère évitable du dommage

Le Tribunal admet le caractère évitable du dommage lorsque celui-ci est la conséquence d'un comportement fautif du constructeur ou d'un tiers qui engage d'emblée sa responsabilité aquilienne¹¹.

⁶ TF 5A_587/2015 du 22 février 2016 c. 2.4.

⁷ SJ 1987 p. 145 c. 3.

⁸ SJ 1987 p. 145 c. 6bc.

⁹ ATF 143 III 242 c. 4.3; PRADERVAND-KERNEN, p. 1515.

¹⁰ Tribunal cantonal vaudois, CACI, HC/2015/565, arrêt du 8 mai 2015 c. 3b ; le Tribunal fédéral a laissé la question de l'intérêt public ouverte, TF 5A_587/2015 du 22 février 2016 c. 3.

¹¹ ATF 96 II 337 6c, JdT 1971 I 181.

La distinction entre dommage évitable et dommage inévitable ne doit pas s'opérer de manière abstraite mais en tenant compte des circonstances concrètes, par exemple de l'urgence des travaux¹². La possibilité d'éviter des immissions provenant d'installations publiques, en l'espèce une place d'armes, ne peut pas non plus consister dans le fait que celles-ci pourraient en soi être déplacées ailleurs¹³. Ainsi, dans ces deux cas, le Tribunal fédéral a nié la compétence du juge civil.

En revanche, le Tribunal fédéral a reconnu que la responsabilité du canton du Valais, en sa qualité de propriétaire foncier, était engagée, sur la base de l'art. 679 CC, ensuite d'inondations consécutives à une remontée de la nappe phréatique provoquée par des travaux d'extraction industrielle de gravier dans le lit du Rhône effectués à une profondeur plus basse que la limite prescrite¹⁴.

II. Expropriation des droits de voisinage

Lorsque la compétence du juge civil est exclue, l'indemnisation des voisins lésés doit être examinée sous l'angle de l'expropriation.

Selon une jurisprudence bien établie, l'expropriation des droits de voisinage constitue une expropriation formelle et non matérielle¹⁵. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que cette procédure s'imposait au regard de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx) qui prévoit expressément que les droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage peuvent faire l'objet d'une expropriation formelle¹⁶. À noter que, sous l'empire de l'ancienne loi fédérale sur l'expropriation du 1^{er} mai 1850 et alors même que cette dernière ne mentionnait pas expressément l'expropriation des droits de voisinage, le Tribunal fédéral avait déjà admis, pour des raisons pratiques et d'équité, l'application du droit de l'expropriation for-

¹² ATF 93 I 295 c. 3, JdT 1968 I 511 ; voir pour d'autres exemples, GIANONI, p. 89.

¹³ ATF 107 Ib 387.

¹⁴ ATF 143 III 242.

¹⁵ Toutefois, lorsqu'un propriétaire foncier fait valoir que l'application de la loi fédérale sur la protection de l'environnement empêche, à cause du bruit existant, la délivrance d'une autorisation de construire sur son terrain classé en zone à bâtir et qu'il subit par conséquent des restrictions constitutives d'expropriation matérielle, il doit soumettre ses prétentions à la juridiction cantonale compétente pour les cas d'expropriation matérielle, et non pas à la Commission fédérale d'estimation ; ATF 132 II 475 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 793.

¹⁶ ATF 116 Ib 11 c. 2, JdT 1992 I 637 ; voir BOVEY, p. 179 ss.

melle aux dommages causés aux particuliers par la construction ou l'exploitation d'un ouvrage public¹⁷.

Cette jurisprudence vaut également en cas d'expropriations régies par le droit cantonal, en particulier lorsque la loi cantonale prévoit la possibilité d'exproprier les droits de voisinage¹⁸.

A. Juge de l'expropriation : autorité compétente

Selon l'art. 1^{er} LEx, le droit fédéral s'applique, d'une part, pour des travaux qui sont dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays et, d'autre part, pour d'autres buts d'intérêt public reconnus par une loi fédérale¹⁹.

La Commission fédérale d'estimation, qui constitue un tribunal administratif spécial de première instance, est compétente pour fixer l'indemnité d'expropriation²⁰.

Le droit cantonal est en revanche applicable si les travaux ne sont pas dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays (par exemple, une route cantonale ou communale), si une loi fédérale impose l'application du droit cantonal ou encore exclut, expressément ou implicitement, l'application du droit fédéral²¹. Le juge de l'expropriation est alors désigné par la législation cantonale²².

B. Expropriant

Le droit d'exproprier appartient en principe à l'État, soit à la Confédération au niveau fédéral et au canton au niveau cantonal. Il peut cependant être confié à un tiers, tels

¹⁷ ATF 121 II 317 c. 4a ; BOVEY, p. 142 ; FAVRE, p. 20.

¹⁸ Pour un cas d'application, voir ATF 113 Ia 353, JdT 1989 I 419.

¹⁹ Voir MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 782 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, N 1023.

²⁰ Art. 59 à 75 LEx ; voir GIANONI, p. 97-8 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, N 1189 ss.

²¹ ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, N 1024 ; sur l'application concurrente du droit fédéral et du droit cantonal, *ibidem*, N 1026-7.

²² Dans les cantons romands : BE : art. 45 à 54 de la loi du 3 octobre 1965 sur l'expropriation ; FR : art. 3 à 7 de la loi du 23 février 1984 sur l'expropriation (LEx) ; VD : art. 29 à 32 de la loi du 25 novembre 1974 sur l'expropriation (LE) ; VS : art. 28 à 42 de la loi du 8 mai 2008 sur les expropriations (LcEx) ; NE : art. 36 à 54 de la loi du 26 janvier 1987 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (LEXUP) ; GE : art. 36 à 61A de la loi du 10 juin 1933 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (LEx-GE) ; JU : art. 39 à 43 de la loi 26 octobre 1978 sur l'expropriation.

qu'une commune, une personne morale de droit public ou encore un sujet de droit privé²³.

C. Exproprié

Tous les titulaires de droits faisant l'objet de l'expropriation ont la qualité d'expropriés, à l'exception des créanciers gagistes. Ainsi, non seulement le propriétaire peut être concerné par une procédure d'expropriation mais également le locataire, le fermier, voire dans une certaine mesure l'usufruitier²⁴.

D. Saisine du juge de l'expropriation

1. En cas d'ouverture d'une procédure d'expropriation

Lorsque l'exploitation, la construction ou encore la modification d'un ouvrage public fait l'objet d'une procédure d'expropriation préalable, les prétentions des voisins lésés doivent être produites dans le cadre de cette procédure. Les demandes d'indemnités doivent ainsi intervenir dans le délai imparti par l'expropriant par avis publics ou personnels²⁵.

Il est parfois difficile pour les voisins de prévoir le niveau des nuisances provoqué par la construction de l'ouvrage ou de son exploitation. Dès lors, qu'en est-il de leurs droits lorsqu'ils n'ont pas produit dans le cadre de la procédure d'expropriation préalable ?

La loi fédérale permet aux voisins lésés de faire valoir leurs prétentions ultérieurement directement devant la Commission fédérale d'estimation dans un délai de six mois dès la date où l'intéressé a eu connaissance de la prétention élevée à son égard, de l'atteinte portée à son droit ou du dommage qu'il subit²⁶.

²³ Art. 2 et 3 LEx ; dans les cantons romands : BE : art. 3 de la loi sur l'expropriation ; FR : art. 8 et 9 LEx ; VD : art. 6 LE ; VS : art. 4 LcEx ; NE : art. 3 LEXUP ; GE : art. 4 et 5 LEx-GE ; JU : art. 3 de la loi sur l'expropriation ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 783-4.

²⁴ Art. 5 et 24 al. 2 LEx ; dans les cantons romands : BE : art. 4 et 18 al. 2 de la loi sur l'expropriation ; FR : art. 11 et 28 al. 3 LEx ; VD : art. 7 LE ; VS : art. 5, 17 al. 2 et 18 al. 2 LcEx ; NE : art. 5 LEXUP ; GE : art. 2 et 17 al. 2 LEx-GE ; JU : art. 4 et 18 al. 2 de la loi sur l'expropriation.

²⁵ Art. 30 à 37 LEx ; dans les cantons romands : BE : art. 39 à 43 de la loi sur l'expropriation ; FR : art. 38 à 41 LEx ; VD : art. 34 et 35 LE ; VS : art. 21 LcEx ; NE : art. 19 à 26 LEXUP ; GE : art. 31 et 32 LEx-GE ; JU : art. 44 à 51 de la loi sur l'expropriation.

²⁶ Art. 41 al. 1 lit. b et 2 lit. b, art. 66 lit. b LEx ; voir ATF 110 Ib 368 c. 1.

L'application de l'art. 41 LEx présuppose l'existence d'une procédure d'expropriation ouverte par l'expropriant²⁷.

La péremption d'une demande fondée sur l'art. 41 LEx ne peut toutefois intervenir que lorsque le dépôt des plans et des tableaux d'expropriation a fait l'objet d'une publication, au sens de l'art. 30 LEx, dans la commune même sur le territoire de laquelle est situé l'immeuble en cause ou si l'intéressé a reçu un avis personnel au sens des art. 33 et 34 LEx²⁸.

Si les plans et les tableaux d'expropriation ont été mis à l'enquête publique au sens de l'art. 30 LEx, la commination de l'art. 41 LEx relative aux productions tardives vaut alors pour tous les propriétaires de biens-fonds sis sur le territoire communal, indépendamment du fait que ces propriétaires étaient inclus ou non dans les tableaux d'expropriation. En revanche, lorsque l'expropriant a agi selon la procédure sommaire de l'art. 33 LEx, la commination ne vaut que pour les propriétaires qui ont reçu l'avis personnel prévu par cette disposition²⁹.

Enfin, si la publication ou l'avis personnel n'a pas fait état des conséquences de la forclusion visée à l'art. 41 al. 2 lit. b LEx, le délai n'est pas pertinent³⁰. Il en va de même si l'exception de péremption est opposée de façon abusive ou contrairement à la bonne foi³¹.

Lorsque le délai de forclusion n'est pas opposable au lésé, les prétentions sont, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, soumises au délai de prescription de cinq ans à partir de la naissance de la prétention, respectivement du caractère objectivement reconnaissable du dommage³².

Le projet de révision de la loi fédérale sur l'expropriation propose de supprimer l'art. 41 LEx et de permettre aux voisins lésés de requérir l'ouverture d'une procédure d'expropriation autonome en particulier lorsqu'il est porté atteinte à un droit alors que le plan d'expropriation déposé, le tableau d'expropriation ou les indications données par un avis personnel ne le prévoyaient pas ou ne le prévoyaient pas dans cette ampleur. Le

²⁷ ATF 105 Ib 6 c. 2a ; ATF 88 I 190 c. 4, JdT 1963 I 209 ; à défaut d'ouverture d'une procédure d'expropriation préalable, il faudra se référer à la procédure décrite sous chiffre 2 ci-dessous.

²⁸ ATF 105 Ib 6 c. 2a ; ATF 92 I 176 c. 2, JdT 1967 I 376.

²⁹ ATF 105 Ib 6 c. 2a ; ATF 100 Ib 200 c. 1b.

³⁰ ATF 105 Ib 6 c. 2a.

³¹ ATF 116 Ib 386 c. 3c, JdT 1992 I 642 ; ATF 113 Ib 34 c. 3, JdT 1989 I 308 ; ATF 106 Ib 231 c. 2b, JdT 1982 I 38.

³² ATF 130 II 394 c. 11 et les réf., JdT 2005 I 742 ; le projet de révision de la loi fédérale sur l'expropriation prévoit expressément un délai de prescription de 5 ans ; voir art. 37 du projet, FF 2018, p. 4879 ; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'expropriation, FF 2018, p. 4843-4.

délai de péremption de six mois est remplacé par un délai de prescription de cinq ans dès la connaissance par l'exproprié de l'utilisation du droit concerné³³.

Certains cantons prévoient, comme la législation fédérale actuelle, la possibilité de produire ultérieurement une prétention d'indemnité³⁴. Dans les cantons, comme le canton de Vaud, qui ne prévoient pas une telle possibilité, les voisins lésés, dont les droits n'ont pas été inclus dans le tableau d'expropriation, devraient être autorisés à requérir l'ouverture d'une nouvelle procédure d'expropriation. En effet, il paraît particulièrement choquant d'opposer aux voisins qu'ils auraient dû produire une demande d'indemnité dans le délai fixé par la publication alors même que l'expropriant n'avait pas jugé nécessaire de porter leurs droits dans le tableau d'expropriation. Quoi qu'il en soit, en cas de construction d'un ouvrage public d'une certaine ampleur, le voisin prudent fera valoir une prétention, quitte à ne pas la chiffrer, dans le délai imparti par la publication³⁵.

2. En l'absence d'une procédure d'expropriation préalable

Il est fréquent que les nuisances subies par les voisins ne soient pas liées à une procédure d'expropriation, par exemple en cas de travaux d'entretien d'un ouvrage public ou encore lorsque les terrains nécessaires à l'ouvrage ont été acquis de gré à gré.

Dans de tels cas, le Tribunal fédéral admet qu'une procédure d'expropriation puisse être ouverte après coup³⁶.

La loi fédérale sur l'expropriation ne permet toutefois pas à un propriétaire voisin d'un ouvrage d'utilité publique qui prétend à une indemnisation pour expropriation, alors qu'il n'y a pas eu de procédure d'expropriation préalable, d'agir directement auprès de la Commission fédérale d'estimation. Il lui appartient de demander qu'une procédure d'expropriation soit ouverte à la requête de la collectivité publique à qui incombe la réalisation ou l'exploitation de l'ouvrage, si elle est déjà au bénéfice du droit d'expropriation, ou alors il doit s'adresser à l'autorité compétente pour conférer un tel droit, afin que celle-ci astreigne la collectivité à en faire usage. Un refus de mettre en œuvre cette procédure doit être signifié sous la forme d'une décision pouvant faire l'objet d'un recours, le cas échéant devant le Tribunal fédéral en dernière instance³⁷. Dans tous les cas, seul l'expropriant peut engager une procédure devant la Commission d'estimation.

³³ Art. 36 al. 2 lit. a et 37 al. 3 du projet, FF 2018, p. 4879 ; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'expropriation, FF 2018, p. 4841-4.

³⁴ Voir parmi les cantons romands : BE : art. 34 de la loi sur l'expropriation ; FR : art. 54 LEx ; VS : art. 43 LcEx ; GE : art. 45 LEx-GE ; JU : art. 34 de la loi sur l'expropriation.

³⁵ Voir GIANONI, p. 99 et les réf.

³⁶ ATF 121 II 317 c. 4a.

³⁷ ATF 124 II 543 c. 4a et les réf., JdT 1999 I 754 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 810.

Le projet de révision partielle de la loi fédérale sur l'expropriation habilite l'exproprié, lorsqu'il n'y a pas eu de procédure d'expropriation préalable, à demander l'ouverture d'une procédure d'expropriation autonome auprès de l'autorité compétente, en principe un des départements fédéraux³⁸. Une fois la décision sur la demande d'ouverture de la procédure exécutoire, l'autorité compétente transmet d'office le dossier à la Commission d'estimation³⁹. Le projet clarifie et simplifie la procédure puisque, à l'inverse de la situation actuelle, le voisin lésé, et non seulement l'expropriant, peut déclencher la procédure d'expropriation puis la procédure d'estimation.

Faute de disposition expresse réglementant la prescription, le Tribunal fédéral a jugé que la demande d'ouverture de la procédure d'expropriation devait être demandée dans les cinq ans dès la naissance de la prétention⁴⁰. Le projet de révision reprend expressément cette règle jurisprudentielle⁴¹.

L'essentiel des cantons ne prévoient pas non plus la possibilité de saisir directement le juge de l'expropriation de sorte que celui-ci ne pourra pas entrer en matière sur une demande d'indemnité présentée en dehors d'une procédure d'expropriation. Le lésé n'aura d'autre choix que d'interpeller la collectivité publique afin que celle-ci ouvre une procédure d'expropriation des droits de voisinage et, cas échéant, invite l'expropriant à saisir le juge de l'expropriation en vue de fixer le montant de l'indemnité.

Parmi les cantons romands, seul le canton de Fribourg réglemente expressément le cas du voisin lésé sans qu'une procédure d'expropriation n'ait été ouverte préalablement. Dans un tel cas, la loi lui donne la possibilité de déposer une requête d'ouverture de la procédure d'expropriation directement auprès de la Commission d'expropriation qui la communique à l'expropriant en l'invitant à ouvrir une procédure d'expropriation⁴². Comme le projet de révision de la loi fédérale sur l'expropriation, la solution adoptée par le législateur fribourgeois a le mérite de déterminer clairement la procédure à suivre.

³⁸ Art. 36 al. 1, 37 et 38 du projet, FF 2018, p. 4879-80 ; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'expropriation, FF 2018, p. 4841-4.

³⁹ Art. 39 à 41 du projet, FF 2018, p. 4880 ; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'expropriation, FF 2018, p. 4844-6.

⁴⁰ ATF 124 II 543 c. 4 et 5, JdT 1999 I 754.

⁴¹ Art. 37 al. 3 du projet, FF 2018, p. 4879 ; Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'expropriation, FF 2018, p. 4843-4.

⁴² Art. 42 à 44 LEx ; voir arrêt TC FR 602 2017 142 du 17 mai 2018 qui a cependant été annulé par le Tribunal fédéral pour violation du droit d'être entendu, TF 1C_302/2018 du 14 mars 2019.

E. Indemnité d'expropriation

1. Conditions d'octroi

Les conditions auxquelles une indemnité est due diffèrent suivant que les nuisances sont causées par l'exploitation d'un ouvrage public ou qu'elles proviennent de sa construction qui par définition sont limitées à la durée des travaux.

a) Nuisances causées par l'exploitation d'un ouvrage d'intérêt public

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la collectivité publique, en sa qualité d'expropriante, peut être tenue d'indemniser le propriétaire foncier voisin d'une route nationale, d'une voie de chemin de fer ou d'un aéroport s'il subit, à cause des immissions, en particulier de bruit, un dommage spécial, imprévisible et grave⁴³.

Concernant les nuisances provoquées par l'exploitation des aéroports nationaux, le Tribunal fédéral fait une distinction entre le survol stricto sensu, c'est-à-dire le passage d'avions à basse altitude, et le transit à plus haute altitude⁴⁴ ; en cas de survol stricto sensu, la condition de l'imprévisibilité ne s'applique pas notamment parce que le survol constitue une ingérence directe dans l'espace aérien d'un fonds⁴⁵.

Les personnes touchées par ces immissions doivent faire valoir leurs prétentions dans une procédure d'expropriation, au cours de laquelle elles peuvent également invoquer que certaines nuisances excessives pourraient être évitées. Ainsi, le juge civil n'a pas à examiner, dans une procédure parallèle à celle de l'expropriation, si les immissions excessives liées à une exploitation d'un ouvrage d'utilité publique conforme à sa destination sont évitables, ni dans quelle mesure elles ne sont pas comprises dans le droit d'expropriation⁴⁶.

b) Nuisances provenant de la construction d'un ouvrage d'intérêt public

Les critères applicables en matière de trafic routier, ferroviaire ou aérien ne sont pas transposables aux travaux de construction. En particulier, le critère de l'imprévisibilité ne saurait être invoqué à propos de tout chantier routier ou ferroviaire ouvert aux fins

⁴³ ATF 131 II 137 c. 2.1 et les réf. ; sur la notion de spécialité, d'imprévisibilité et de gravité du dommage, voir BOVEY, p. 156 ss ; EGGS, N 587 ss ; FAVRE, p. 27 ss ; JOMINI, p. 16 ss ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 787-8.

⁴⁴ Sur cette distinction, voir TF 1C_102/2018 du 20 mars 2019.

⁴⁵ ATF 142 II 136 c. 3 ; ATF 134 III 248, JdT 2008 I 210 ; ATF 134 II 49, JdT 2009 I 746 ; ATF 131 II 137 ; ATF 129 II 72 ; sur le survol des biens-fonds voisins des aéroports, voir JOMINI, p. 20 ss.

⁴⁶ ATF 134 III 248 c. 5.1, JdT 2008 I 210.

d'entretenir, de modifier ou de compléter un tracé existant, ce qui reviendrait à exiger des voisins d'une voie de communication un véritable don de prémonition. Le juge de l'expropriation amené à statuer sur une demande d'indemnité en raison d'immissions excessives causées par des travaux de construction doit alors appliquer par analogie la jurisprudence civile⁴⁷.

En vertu de cette jurisprudence, lorsque le propriétaire foncier qui construit a pris toutes les mesures qui s'imposent à lui, que néanmoins les limites du droit de propriété sont inéluctablement dépassées du fait des travaux de construction et que le voisin subit un dommage, ce dernier a droit à une indemnité à condition que les immissions soient excessives et le préjudice important. Pour déterminer si des immissions sont excessives au sens de l'art. 684 CC et excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence, ceux du propriétaire qui est accusé d'abuser de son droit et ceux des voisins qui se plaignent d'un excès, en tenant compte de l'usage local, ainsi que de la situation et de la nature des immeubles. L'intensité et la durée des immissions constituent également des éléments d'appréciation non négligeables. Ainsi, en principe, de simples inconvéniens temporaires ne donnent pas lieu à indemnisation⁴⁸.

Depuis le 1^{er} janvier 2012, cette jurisprudence a été codifiée par l'art. 679a CC. Bien que cette disposition n'ait pas repris la condition relative à l'importance du dommage, il semble toutefois que le but du législateur n'était pas d'assouplir la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴⁹.

2. Etendue de l'indemnité

a) Nuisances causées par l'exploitation d'un ouvrage d'intérêt public

L'expropriation des droits de voisinage est une expropriation partielle au sens de l'art. 19 lit. b LEx. L'indemnité se calcule ainsi selon la méthode de la différence, laquelle consiste à déduire de la valeur vénale du fonds non exposé aux immissions, celle du même fonds avec les immissions auxquelles il est exposé⁵⁰.

⁴⁷ ATF 134 II 164 c. 8.1; ATF 132 II 427 c. 3, JdT 2007 I 739 ; ATF 117 Ib 15 c. 2c, JdT 1994 I 29.

⁴⁸ ATF 132 II 427 c. 3, JdT 2007 I 739 ; ATF 121 II 317 c. 4c ; ATF 117 Ib 15 c. 2, JdT 1994 I 29 ; ATF 113 Ia 353 c. 3, JdT 1989 I 419 ; sur la prescription, voir GIANONI, p. 100.

⁴⁹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse, FF 2007, p. 5039 ; voir toutefois BOVEY, *La propriété foncière*, p. 25-6.

⁵⁰ ATF 122 II 337 c. 4c et les réf., JdT 1997 I 415 ; BOVEY, p. 108 ss ; EGGS, N 601 ss ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 805 ; SIEGRIST, p. 53-4 ; sur l'indemnisation en cas de survol direct, voir ATF 142 II 136 ; EGGS, N 612-3.

Les locataires et fermiers ont droit à une indemnité non seulement en cas de résiliation anticipée du contrat mais également dans les cas où leurs droits contractuels sont restreints, c'est-à-dire lorsque leur droit d'user de la chose conformément au contrat est entravé, par exemple en raison du bruit. Les locataires et les fermiers ne peuvent toutefois pas être indemnisés pour des atteintes qui existaient déjà lors de la conclusion du contrat. En outre, l'indemnisation ne porte que sur la période allant jusqu'à l'expiration du contrat ou jusqu'au prochain terme de résiliation⁵¹.

b) Nuisances provenant de la construction d'un ouvrage d'intérêt public

Compte tenu du caractère provisoire des travaux de construction, la méthode de la différence des valeurs vénales ne peut pas être appliquée. L'indemnité doit ainsi correspondre au dommage effectivement subi. Peu importe la durée du chantier. Le critère déterminant pour adopter ce mode de calcul est la question de savoir si le lésé verra son droit de disposer totalement restauré avec la fin des travaux⁵².

Concernant les locataires et fermiers, la durée du bail ou sa résiliation ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en cas de nuisances durables. En effet, dans le cas d'un chantier de construction, le locataire ou le fermier ne mettra généralement pas un terme au contrat mais s'accommodera des nuisances en attendant la fin des travaux. L'indemnité ne saurait dès lors être fixée en fonction de la durée du bail ou du prochain terme de résiliation⁵³ mais plutôt en fonction de la durée des travaux⁵⁴.

Conclusion

La fixation du dommage causé aux voisins, ensuite de la construction ou de l'exploitation d'un ouvrage public, relève avant tout du juge de l'expropriation. La compétence du juge civil est réservée à des cas bien précis, relativement rares en pratique.

Les lois d'expropriation, fédérale et romandes, réglementent en général de façon satisfaisante les droits des voisins lésés lorsqu'une procédure d'expropriation a été ouverte préalablement aux travaux de construction. En revanche, lorsque tel n'est pas le cas, les législations sont souvent peu adaptées et il apparaît plus difficile pour les voisins lésés de faire valoir leurs droits.

⁵¹ ATF 106 Ib 241 c. 4a, b et c, JdT 1982 I 48 ; EGGS, N 685 ss.

⁵² ATF 132 II 427 c. 6.2, JdT 2007 I 739 ; EGGS, N 771 ss ; GIANONI, p. 101-2.

⁵³ TF 1C_69/2014 du 23 juin 2014 c. 2.4 ; GIANONI, p. 99.

⁵⁴ EGGS, N 1136 ss.

La loi fribourgeoise sur l'expropriation ainsi que le projet de révision de la loi fédérale sur l'expropriation sont à saluer puisque tous deux clarifient la procédure à suivre sur ce point.

Bibliographie

- BOVEY Grégory, *L'expropriation des droits de voisinage*, Thèse, Berne 2000.
- BOVEY Grégory, La propriété foncière, in : Foëx (édit.), *La réforme des droits réels immobiliers – Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012*, Zurich 2012, p. 23 ss (cité : BOVEY, *La propriété foncière*).
- EGGS Raphaël, *Les « autres préjudices » de l'expropriation*, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- FAVRE Anne-Christine, L'expropriation formelle, en particulier pour les grandes infrastructures de transport, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), *La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 9 ss.
- GIANONI Filippo, L'expropriation des voisins exposés aux nuisances de la construction, *Journées suisses du droit de la construction* 2015, p. 85 ss.
- JOMINI André, Expropriation formelle : quelques développements récents dans le cadre du droit fédéral, in : Foëx/Hottelier (édit.), *La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle, Expropriation, responsabilité de l'État, gestion des grands projets et protection du patrimoine*, Genève 2009, p. 15 ss.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, Volume III, 2^e éd., Berne 2018.
- PRADERVAND-KERNEN Maryse, Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, Arrêt 4A_60/2017 du 28 juin 2017, A. contre État du Valais, Responsabilité du propriétaire foncier (art. 679 CC), eaux publiques, *PJA* 2017, p. 1513 ss.
- SIEGRIST Jean-Marc, L'estimation des biens expropriés, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), *La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 41 ss.
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, Tome II, 4^e éd., Berne 2012.
- VUILLOD Pascale, Gestion des nuisances dans le cadre des grands projets, in : Foëx/Hottelier (édit.), *La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle, Expropriation, responsabilité de l'État, gestion des grands projets et protection du patrimoine*, Genève 2009, p. 81 ss.
- ZEN-RUFFINEN Piermarco / GUY-ECABERT Christine, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001.

La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones

Sommaire

	Page
Introduction	362
I. Définitions et délimitations	363
A. Généralités	363
B. En fonction de l'usage	363
1. Visibilité directe et indirecte	363
2. Aéromodélisme, aéronef sans occupant et drone	364
3. Usage de loisir ou utilitaire	364
II. Réglementation internationale	365
A. La Convention de Chicago et les règles de l'OACI	365
B. Les règles de l'Union européenne et les accords bilatéraux	366
III. Réglementation nationale	367
A. Le droit fédéral	367
1. Principes généraux	367
2. Règles générales de l'air	368
3. Les règles spécifiques applicables aux drones	368
a) Généralités	368
b) Aéronefs sans occupants de plus de 30 kg	369
c) Aéronefs sans occupants de moins de 30 kg	369
d) Modèles réduits d'aéronefs n'excédant pas 0,5 kg	370
e) Règles communes	370
B. La compétence résiduelle des cantons	370
1. Genève	371
2. Vaud	371
3. Zurich et Lucerne	373
IV. Le projet d' <i>U-Space</i>	373
Conclusion	374
Bibliographie	375

* Docteur en droit, avocat à Lausanne.

Introduction

La gestion de l'espace aérien procède de règles bien établies qui répondent aux besoins de l'aviation civile et militaire. Les normes applicables résultent d'un corpus international et national bien établi qui a accompagné l'essor des activités aéronautiques tout au long du XX^e siècle. Le développement relativement récent et l'essor rapide de l'usage des drones aériens constituent des éléments disruptifs dans la manière d'appréhender la répartition de l'usage de l'espace aérien entre les différents utilisateurs. En effet, le drone aérien ne se limite plus à l'aéromodélisme de loisir, mais est utilisé pour des missions de recherche, de livraison ou encore de surveillance¹. Les objectifs de certaines compagnies qui visent à mettre à moyen terme sur le marché des drones autonomes dédiés au transport de personnes² appellent une adaptation importante des normes actuellement en vigueur.

La présente contribution vise à brosser un rapide état des lieux de la situation juridique actuelle et à esquisser les traits du développement de la réglementation permettant d'encadrer à l'avenir une cohabitation harmonieuse de l'espace aérien entre les différents utilisateurs.

Il ne sera en revanche pas traité des questions juridiques sortant du cadre de l'utilisation de l'espace aérien sous l'angle du droit public et administratif. En effet, les problématiques de protection des données, de responsabilité civile, pénale ou encore de limitation de la propriété privée³, notamment, excéderaient le cadre limité de la présente contribution.

-
- ¹ CASSARD, p. 13 ss ; JOBARD, p. 93 ss ; Voir à titre d'exemples : le nouveau drone utilisé par la REGA (<https://www.rega.ch/fr/actualite/actualite/detail.aspx?id=3160> consulté le 05.05.2019) ou encore le drone expérimental de livraison de La Poste suisse (<https://www.post.ch/fr/notre-profil/entreprise/innovation/innovations-de-la-poste-pour-vous/drones>, consulté le 05.05.2019).
 - ² Projet « *Uber Elevate* » par exemple visant à développer un système de drone-taxi en milieu urbain (<https://www.uber.com/us/en/elevate/vision/>, consulté le 05.05.2019).
 - ³ A ces sujets, voir notamment SCHNEIDER-MARFELS/KAUFMANN, p. 26 ss ; HÄNSENBERGER, p. 163 ss ; en droit français, MARTIN, p. 79 ss, 84 ; MÂZOUZ, p. 67 ss.

I. Définitions et délimitations

A. Généralités

Le terme de drone est celui utilisé de manière générique et commune par le public et les milieux politiques⁴. Au sens large, un drone peut être un engin sans pilote à bord terrestre, maritime ou aérien⁵. Les littératures scientifique et anglo-saxonne préfèrent cependant l'usage d'une autre terminologie, soit celle de UAV pour *Unmanned Aerial Vehicle*, RPA pour *Remotely Piloted Aircraft*⁶. Cette dernière nomenclature est utilisée par la Convention de Chicago⁷. Dans le cadre de la présente contribution, nous utiliserons le terme générique de drone par lequel nous entendons tout type d'aéronef piloté à distance ou évoluant de manière autonome.

Enfin, le drone peut prendre diverses formes de mode de vol (voilure fixe, voilure tournante, hélicoptère, multicoptère, etc.)⁸ et des dimensions et des masses allant de quelques grammes à plusieurs tonnes⁹.

B. En fonction de l'usage

1. Visibilité directe et indirecte

Des distinctions sont également opérées entre les drones dont le pilote garde l'appareil dans son champ visuel (*visual line of sight* ou visibilité directe : VSLO) et ceux dont l'aéronef peut évoluer au-delà du champ de vision du pilote (*beyond line of sight* ou au-delà de la visibilité directe : BLOS)¹⁰.

⁴ CASSARD, p. 17 ; Conseil des États, Rapport de la Commission des transports et des télécommunications du 3 septembre 2018 à propos de la motion Cardinas (objet n° 18.3371 N) « Encadrer l'utilisation des drones pour une meilleure sécurité aérienne ».

⁵ MARTIN, p. 79.

⁶ CASSARD, p. 17.

⁷ Article 8 de la Convention relative à l'aviation civile conclue à Chicago le 7 décembre 1944 (RS 0.748.0 ; Convention de Chicago) et Annexe 2 de la Convention de Chicago [dixième édition, juillet 2005], laquelle utilise la terminologie d'Aéronef sans pilote ou télépiloté (RPA), soit un aéronef non habité piloté depuis un poste de télépilotage.

⁸ JOBARD, p. 21 ss.

⁹ ARCHAMBAULT/MÂZOUZ, p. 3 ; SCHUBERT, p. 217 s.

¹⁰ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 2.2.

2. Aéromodélisme, aéronef sans occupant et drone

Les modèles réduits d'aéronefs téléguidés se distinguent principalement des drones en raison de leur mode d'utilisation. Selon l'OFAC, les premiers sont généralement pilotés dans un unique but de loisir en zone peu peuplée, soit depuis un terrain découvert et dégagé¹¹. Les seconds – de par leurs caractéristiques de vols – se prêtent à diverses activités telles que la photographie aérienne, des missions de recherche, de la surveillance, etc. De telles activités se déroulent le plus souvent en zone urbaine ou peuplée, ce qui engendre des risques supplémentaires pour les personnes et les biens¹².

Une telle distinction ne relève toutefois pas de considérations purement techniques et encore moins de critères juridiques. En effet, un drone peut parfaitement être utilisé à des fins de loisir en campagne. En revanche, la pratique de l'aéromodélisme semble peu praticable en zone urbanisée.

Cette délimitation est toutefois nécessaire, au seul motif que, dans son avis du 9 mai 2018 sur la motion Candinas, le Conseil fédéral a émis le souhait que la réglementation de l'usage des drones n'implique aucune restriction à la pratique de l'aéromodélisme traditionnel¹³.

Notons enfin qu'à l'inverse des modèles réduits d'aéronefs, la terminologie de « drone » est inconnue du droit fédéral, lequel fait référence à la notion « d'aéronef sans occupants »¹⁴. Cette dernière catégorie pourrait d'ailleurs se révéler inadaptée au développement de futurs aéronefs avec passagers sans pilote ou téléguidés.

3. Usage de loisir ou utilitaire

Pour l'OFAC, la distinction à opérer doit résider plutôt dans l'usage purement ludique ou utilitaire de l'aéronef sans pilote. Les appareils à usage purement ludique relèvent alors de l'aéromodélisme de loisir, alors que les appareils utilitaires appartiennent aux drones. L'OFAC donne ainsi la définition suivante du drone :

« Les drones sont des aéronefs sans occupants, télépilotés et destinés à un usage précis comme les prises de vues, la mensuration, le transport, la recherche scientifique, etc. Peu importe à ce propos que ces aéronefs soient utilisés à des fins commerciales, privées, professionnelles ou scientifiques. Ils s'opposent aux aéromodèles comme les modèles

¹¹ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 2.3.

¹² OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 2.3.

¹³ Conseil des États, Rapport de la Commission des transports et des télécommunications du 3 septembre 2018 à propos de la motion Cardinas (objet n° 18.3371 N) « Encadrer l'utilisation des drones pour une meilleure sécurité aérienne », ch. 2.

¹⁴ Art. 14 OACS (Ordonnance du DETEC sur les aéronefs de catégories spéciales ; RS 748.941).

réduits d'avions, d'hélicoptères, etc. utilisés en principe dans le cadre d'activités de loisir et où le vol en soi et le plaisir du pilotage passent au premier plan. »¹⁵

Cette distinction est également opérée par le droit international public, l'OACI¹⁶ rappelant que l'aéromodélisme relève exclusivement de la législation nationale, la Convention de Chicago ne s'appliquant qu'aux *unmanned aircraft system*¹⁷.

II. Réglementation internationale

A. La Convention de Chicago et les règles de l'OACI

L'ensemble des règles aériennes relatives à l'aviation civile est chapeauté par la Convention relative à l'aviation civile conclue à Chicago le 7 décembre 1944. En matière de drones, l'article 8 de la Convention de Chicago prévoit qu'« [a]ucun aéronef pouvant voler sans pilote ne peut survoler sans pilote le territoire d'un État contractant, sauf autorisation spéciale dudit État et conformément aux conditions de celle-ci. Chaque État contractant s'engage à faire en sorte que le vol d'un tel aéronef sans pilote dans des régions ouvertes aux aéronefs civils soit soumis à un contrôle qui permette d'éviter tout danger pour les aéronefs civils »¹⁸. Il en résulte que chaque État est libre d'autoriser ou de refuser le survol de son territoire par des drones et de définir les règles applicables à leur utilisation¹⁹.

L'Annexe 2 de la Convention de Chicago sur les Règles de l'air²⁰ a été amendée et un appendice 4 relatif aux systèmes d'aéronefs télépilotés y a notamment été ajouté, lequel définit les règles générales d'opération, les licences et certifications et les demandes d'autorisation²¹. Les normes édictées en la matière par l'OACI sont encore complétées par des directives, en particulier la circulaire n° 328²².

Ces dispositions internationales ne visent qu'à appréhender l'intégration de l'usage des drones dans l'espace aérien réglementé par le droit international de l'aviation civile, et ce

¹⁵ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 2.5.

¹⁶ Organisation de l'aviation civile internationale.

¹⁷ OACI, Circulaire n° 328 *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, ch. 2.4.

¹⁸ SCHUBERT, p. 219.

¹⁹ CASSARD, p. 24 ; JAMET, p. 117 ss, 121.

²⁰ Disponible sur le site <https://www.bazl.admin.ch/bazl/fr/home/experts/reglementation-et-informations-de-base/bases-legales-et-directives/annexes-a-la-convention-de-l-organisation-internationale-de-l-av.html> [consulté le 11 mai 2019].

²¹ CASSARD, p. 26.

²² OACI, Circulaire n° 328 *Unmanned Aircraft Systems (UAS)* ; CASSARD, p. 29.

essentiellement pour les drones de grande taille²³ ; les drones de loisir ou modèles réduits ne sont pas concernés par les règles élaborées par l'OACI²⁴. Au surplus, les normes d'utilisation des drones relèvent exclusivement du droit national, les règles générales de l'air ne s'appliquant pas aux drones²⁵. Toutefois, l'objectif à terme de l'OACI consiste à intégrer les drones à l'espace aérien civil. Les drones et leurs pilotes devront alors se conformer aux règles générales de l'air ainsi qu'aux lois et règlements applicables dans chaque État²⁶.

B. Les règles de l'Union européenne et les accords bilatéraux

La Suisse a repris l'application des règles de l'Union européenne en matière de droit aérien en vertu de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien du 21 juin 1999²⁷, dont le Règlement du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne (Règlement [CE] n° 216/2008)²⁸. Il résulte de ladite directive que les aéronefs sans pilote dont la masse n'excède pas 150 kg ne sont pas soumis à la réglementation européenne²⁹.

Par conséquent, l'exploitation des drones dont la masse est inférieure à 150 kg n'est soumise qu'au droit suisse, alors que les drones dont le poids excède cette limite sont soumis au droit européen³⁰. Jusqu'à l'adoption de règles communautaires relatives à l'utilisation de drones dont le poids excède 150 kg, celle-ci se trouvait *de facto* interdite³¹. À compter du 11 septembre 2018, une nouvelle directive européenne intègre les drones (aéronefs sans équipage à bord), sans distinction de masse, aux règles communes dans le domaine de l'aviation civile³². Les drones de loisir et l'aéromodélisme ne sont toutefois pas concernés par cette directive, laquelle vise uniquement à permettre

²³ JAMET, p. 126.

²⁴ SCHUBERT, p. 220, qui relève que l'OACI ne définit pas le modèle réduit et qu'il appartient à chaque État d'adopter la législation pertinente en la matière ; OACI Document 10019 / AN 507, § 1.5.2.

²⁵ JAMET, p. 121 ; OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.1.

²⁶ SCHUBERT, p. 222.

²⁷ RS 0.748.127.192.68 ; l'accord sur le transport aérien.

²⁸ Règlement (CE) n° 216/2008 du parlement européen et du conseil du 20 février 2008 ; JO UE L 79/1 (ce texte n'est plus en vigueur pour l'UE et a été abrogé par le Règlement du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 2018/1139 du 4 juillet 2018, JO UE L 212/1.

²⁹ Art. 4 § 4 Règlement (CE) n° 216/2008 et Annexe II, lit. i) ; OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 5.1.2.

³⁰ CASSARD, p. 40 s. ; OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.1 et 5.1.2.

³¹ CASSARD, p. 41.

³² Règlement du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 2018/1139 du 4 juillet 2018, JO UE L 212/1, préambule § 26 et Annexe IX.

l'intégration des drones lourds dans l'espace aérien³³. La Suisse ne reconnaissant pas le principe d'une reprise dynamique du droit de l'Union européenne dans le cadre des accords bilatéraux³⁴, il convient de se référer aux normes applicables conformément au Règlement (CE) n° 216/2008.

Se pose dès lors la question de savoir quel régime légal et réglementaire est applicable en Suisse aux drones dont la masse est supérieure à 150 kg. À défaut d'adaptation de la réglementation, respectivement d'une reprise volontaire du nouveau Règlement (UE) n° 2018/1139 du 4 juillet 2018, la situation juridique applicable à de tels appareils apparaît relativement incertaine. Cela étant, et selon les informations qui ont pu être obtenues de l'OFAC sur le sujet, la Suisse devrait reprendre le Règlement (UE) n° 2018/1139 dans le cadre des discussions menées par le Comité mixte institué par l'Accord bilatéral sur le transport aérien³⁵. Les nouvelles règles devraient en principe être adoptées dans le courant de l'année 2019³⁶.

III. Réglementation nationale

A. Le droit fédéral

1. Principes généraux

En vertu de l'article 87 Cst. féd.³⁷, la législation en matière d'aviation relève de la compétence de la Confédération. Le siège de la matière de l'utilisation de l'espace aérien est régi par la Loi sur l'aviation³⁸. L'usage de drones dans l'espace aérien suisse est notamment autorisé en vertu de l'article 2 alinéa 1^{er} lettre c LA qui admet à la circulation les aéronefs de catégories spéciales. L'article 108 LA autorise le Conseil fédéral à prévoir des exceptions à la Loi sur l'aviation pour les drones (let. c relative aux aéronefs à moteur sans occupants).

³³ Règlement du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 2018/1139 du 4 juillet 2018, JO UE L 212/1, préambule § 34.

³⁴ NOTTER, p. 4 ss.

³⁵ Art. 21 et 22 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien du 21 juin 1999 (RS 0.748.127.192.68).

³⁶ Au moment de la rédaction de la présente contribution (juillet 2019), le droit suisse n'avait pas encore fait l'objet de l'adaptation en question.

³⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101.

³⁸ Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA ; RS 748.0).

2. Règles générales de l'air

En Suisse, les règles de l'air applicables aux aéronefs sont définies, conformément à l'article 75 OSAv³⁹, par l'Ordonnance du DETEC concernant les règles de l'air applicables aux aéronefs⁴⁰.

Aux termes de l'article 3 alinéa 2 ORA, cette dernière ordonnance ne s'applique pas aux aéronefs sans occupants, à l'exception de l'article 9 ORA qui traite des largages et épanchages. Les drones sont par conséquent régis par l'Ordonnance du 24 novembre 1994 sur les aéronefs de catégories spéciales⁴¹.

Conformément aux règles générales de l'air, et sous réserve des décollages et atterrissages, l'espace aérien est interdit aux aéronefs en dessous d'une hauteur de vol de 300 m au-dessus des agglomérations ou des rassemblements de personnes et de 150 m au-dessus de l'eau ou en campagne⁴². Les drones ne sont pas soumis à ces règles, mais uniquement aux règles rudimentaires édictées par l'OACS⁴³.

3. Les règles spécifiques applicables aux drones

a) Généralités

Les normes applicables à l'usage des drones sont définies aux articles 14 ss OACS, laquelle distingue deux catégories principales entre les aéronefs sans occupants de plus de 30 kg et ceux de moins de 30 kg. Des exceptions sont encore prévues pour les aéro-modèles et drones dont le poids n'excède pas 500 g.

³⁹ Ordonnance sur l'aviation du 14 novembre 1973 (OSAv ; RS 748.01).

⁴⁰ Ordonnance du DETEC concernant les règles de l'air applicables aux aéronefs du 20 mai 2015 (ORA ; RS 748.121.11).

⁴¹ Ordonnance du DETEC sur les aéronefs de catégories spéciales du 24 novembre 1994 (OACS ; RS 748.941).

⁴² Norme SERA.5005 § (f) (*Easy Access Rules Standardised European Rules of the Air*) sur le vol à vue, adoptée par l'EASA (*European Aviation Safety Agency*) ; Règlement d'exécution de la Commission (UE) n° 923/2012 du 26 septembre 2012, qui lie la Suisse en vertu du ch. 5 de l'Annexe de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien et de l'article 28 alinéa 1 ORA.

⁴³ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.2.

b) Aéronefs sans occupants de plus de 30 kg

Les aéronefs sans occupants, donc les drones, de plus de 30 kg ne peuvent pas être utilisés sans une autorisation délivrée par l'OFAC (art. 14 al. 1 OACS et art. 2a al. 1 OSAv)⁴⁴.

Ces appareils sont en outre soumis aux règles de l'air, à l'exception de celles relatives aux hauteurs minimales de vol (art. 14a OACS).

Les zones soumises à une interdiction de survol sont également applicables à ces appareils, y compris aux modèles réduits d'aéronefs dépassant 30 kg⁴⁵.

c) Aéronefs sans occupants de moins de 30 kg

Tout comme pour les modèles plus lourds, les aéronefs sans occupants de moins de 30 kg sont soumis aux règles générales de l'air, à l'exception des prescriptions en matière de hauteurs minimales de vol⁴⁶. Les modèles réduits d'aéronefs ne sont sujets qu'à certaines règles limitées de l'air listées à l'article 14b alinéa 2 OACS, dont l'interdiction de survol de certaines zones fait partie⁴⁷.

Aux termes de l'article 17 alinéa 1 OACS, le pilote de drone d'un poids allant jusqu'à 30 kg doit maintenir constamment un contact visuel direct avec celui-ci.

S'agissant des drones compris entre 0,5 et 30 kg, leur utilisation est encore proscrite (art. 17 al. 2 OACS) :

- à moins de 5 km d'un aérodrome civil ou militaire ;
- à une hauteur de vol supérieure à 150 m au-dessus du sol dans les CTR actives⁴⁸ ;
- à moins de 100 m d'un rassemblement de personnes en plein air autres que les manifestations publiques d'aviation mentionnées à l'article 4 OACS.

⁴⁴ LARGEY, p. 310.

⁴⁵ Art. 14a OACS et règles SERA.3145 figurants au Règlement (UE) n° 923/2012.

⁴⁶ Art. 14b OACS.

⁴⁷ Art. 14b OACS et règles SERA.3145 figurants au Règlement (UE) n° 923/2012.

⁴⁸ Les CTR (*Control traffic Region*) sont des zones de contrôle de l'espace aérien, généralement situées proches des aéroports dans lesquelles des règles spécifiques sont applicables (cf. art. 2 § 56 Règlement [UE] n° 923/2012).

d) Modèles réduits d'aéronefs n'excédant pas 0,5 kg

Il résulte de la règle énoncée à l'article 17 alinéa 2 OACS évoquée *supra* que l'utilisation de très légers drones est particulièrement libérale, leur usage n'étant limité que par les zones interdites de survol⁴⁹.

e) Règles communes

Les drones, sous réserve de la délivrance des autorisations nécessaires pour les appareils de plus de 30 kg, peuvent ainsi évoluer librement dans l'espace aérien inférieur⁵⁰, soit celui qui se situe en dessous des niveaux de vol minimaux imposés à l'aviation civile (cf. *supra* ch. III./A./2.).

Au-dessus de 150 m et en dehors des zones de CTR actives, les drones peuvent entrer en conflit avec l'évolution d'aéronefs appartenant à l'aviation civile. La prévention des abordages ou autres incidents devrait normalement s'effectuer par le maintien en contrôle visuel du drone par son pilote (art. 17 al. 1 OACS)⁵¹.

Afin de pouvoir évoluer hors du contact visuel du pilote, une dérogation doit être délivrée par l'OFAC⁵².

Les vols de drones sont encore réglementés par deux ordonnances de droit de l'environnement. Ainsi, les vols d'aéronefs civils sans occupants sont interdits dans les districts francs fédéraux⁵³, ainsi que dans les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs⁵⁴.

L'OFAC a établi un tableau synoptique de ces règles à destination des télépilotes de drones, consultable sur son site Internet⁵⁵.

B. La compétence résiduelle des cantons

En vertu de l'article 51 alinéa 3 LA, le Conseil fédéral peut, pour certaines catégories d'aéronefs sans occupants, habiliter les cantons à prendre des mesures, notamment pour

⁴⁹ Art. 14b al. 2 OACS et règles SERA.3145 figurants au Règlement (UE) n° 923/2012.

⁵⁰ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.3.

⁵¹ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.3.1.1.

⁵² OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.3.2.

⁵³ Art. 5 al. 1 lit. f^{bis} de l'Ordonnance du 30 septembre 1991 concernant les districts francs fédéraux (ODF ; RS 922.31).

⁵⁴ Art. 5 al. 1 lit. f^{bis} de l'Ordonnance du 21 janvier 1991 sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs d'importance internationale et nationale (OROEM ; RS 922.32).

⁵⁵ <https://www.bazl.admin.ch/bazl/fr/home/bonasavoir/drones-et-modeles-reduits/dronenguide.html> [consulté le 12 mai 2019].

réduire les nuisances et le danger auquel personnes et biens sont exposés au sol. Cette délégation de compétence en faveur des cantons est encore précisée aux articles 19 OACS et 2a alinéa 2 OSAv qui habilite les cantons à édicter des prescriptions pour les aéronefs sans occupants d'un poids allant jusqu'à 30 kg. L'éventuelle réglementation cantonale est limitée aux mesures visant à réduire les nuisances et le danger auquel les personnes et les biens au sol sont exposés (art. 2a alinéa 2 OSAv).

A ce jour, seuls les Canton de Genève et de Vaud ont fait usage de cette compétence en adoptant une norme spécifique.

1. Genève

Le Canton de Genève a adopté un chapitre III. au Règlement du Conseil d'État du 9 novembre 1951 concernant l'exécution de la loi fédérale sur l'aviation⁵⁶. Aux termes de l'article 10 RaLa, l'utilisation de drones est interdite à une distance de moins de 300 m des bâtiments publics, et notamment des établissements pénitentiaires et autres lieux de détention, du palais de justice et autres bâtiments utilisés par le pouvoir judiciaire, des bâtiments et postes de police et des organisations internationales.

Le département peut en outre décréter d'autres zones temporaires d'interdiction, notamment en cas de conférences internationales ou de grands rassemblements de personnes, ou encore à proximité de certaines missions diplomatiques.⁵⁷

2. Vaud

Le canton de Vaud a adopté le 26 juin 2019 le Règlement concernant l'interdiction de survol de périmètres déterminés par des aéronefs sans occupants de poids inférieur à 30 kg⁵⁸. Ce règlement est entré en vigueur le 15 juillet 2019.

Le RISA instaure des périmètres cantonaux d'interdictions permanentes, ainsi que des périmètres d'interdictions temporaires.

Ainsi, l'article 2 RISA prohibe de manière permanente l'utilisation d'aéronefs sans occupants dans un rayon inférieur à 300 mètres :

- des bâtiments et bien-fonds destinés à l'exécution des missions confiées aux établissements pénitentiaires ;
- des centres de la police cantonale ;

⁵⁶ RaLa ; RS GE H 3 05.02.

⁵⁷ Art. 10 al. 2 RaLa.

⁵⁸ RISA ; RSV 740.24.

- du Tribunal fédéral et du Tribunal cantonal ;
- des hôpitaux et cliniques disposant d'un hélicoptère.

A titre exceptionnel, des dérogations peuvent être accordées (art. 2 al. 2 et 3 RISA).

Les interdictions temporaires concernent deux types de zones. L'article 3 alinéa 1^{er} RISA prohibe l'utilisation de drones dans un périmètre de 300 mètres de toute zone où se déroule une intervention de police, des services de secours ou de l'État-major cantonal de conduite. Une telle interdiction nous semble toutefois difficile à mettre en œuvre dans la mesure où le pilote de drone ne sera pas nécessairement au courant du déroulement d'une opération de secours. Par ailleurs, une intervention de police ou de secours est souvent mobile de sorte que la zone d'interdiction sera elle aussi mouvante. Il conviendra, lors du prononcé de sanctions à l'encontre d'éventuels contrevenants, de tenir compte de la difficulté pour le pilote de délimiter une telle zone d'interdiction de survol.

Des dérogations aux interdictions temporaires sont également possibles (art. 3 al. 2 RISA). On pense en premier lieu à l'utilisation de drones par les services de secours eux-mêmes.

Enfin, l'article 3 alinéa 3 RISA réserve la possibilité au Conseil d'État d'adopter d'autres interdictions de périmètres limitées dans le temps. Cela a notamment été le cas lors de la Fête des vigneron·nes à l'occasion de laquelle une interdiction temporaire de 1000 mètres autour de l'arène de la fête a été prononcée durant un mois⁵⁹.

Le droit vaudois a encore la particularité de conférer aux communes la possibilité de prononcer des interdictions temporaires ou permanentes au sein de leur règlement de police, ainsi que de soumettre l'utilisation de drones à un régime d'autorisation (art. 4 RISA).

Les violations aux dispositions du RISA constituent une contravention de droit cantonal réprimée par une amende pouvant atteindre 10 000.- francs. On peut sérieusement se demander si un Règlement du Conseil d'État constitue une base légale suffisante pour instaurer une contravention de droit cantonal compte tenu du fait que le principe de la légalité trouve également application en droit pénal cantonal⁶⁰. À notre sens, l'instauration de nouvelles contraventions devrait ainsi être prévue dans une loi au sens formel.

⁵⁹ Arrêté du Conseil d'État vaudois du 5 juin 2019 (RSV 133.00.050619.1).

⁶⁰ PERRIN, p. 209 ss, 217 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 805.

3. Zurich et Lucerne

Le Canton de Zurich avait également adopté des mesures supplémentaires d'interdiction, mais celles-ci ont été récemment abrogées⁶¹. Le Canton de Lucerne interdit, quant à lui, le survol de plans d'eau par des modèles réduits d'aéronefs⁶².

IV. Le projet d'*U-Space*

Face à l'essor de l'utilisation de drones et à une réglementation complexe et partiellement inadaptée à l'évolution extrêmement rapide de la technologie, l'Office fédéral de l'aviation civil et divers acteurs du secteur aérien se sont regroupés au sein d'une plateforme de mise en œuvre de l'*U-Space* en Suisse.

L'*U-Space*, soit l'espace dédié à l'usage des UAS⁶³, doit recouvrir un ensemble de services et de procédures particuliers destinés à intégrer les UAS dans l'espace aérien en toute sécurité, efficacement et de manière durable⁶⁴.

L'intégration des drones dans l'espace aérien doit en outre s'effectuer de manière à assurer la sécurité du trafic aérien civil habité, tout comme celle des personnes et des biens au sol. La multiplication des acteurs et du nombre d'utilisateurs de l'espace aérien impose en outre de prévoir une réglementation répartissant de manière efficiente et équitable la ressource que constitue l'espace aérien⁶⁵.

Une description détaillée du projet d'*U-Space* excéderait le cadre limité de la présente contribution. Il convient de retenir que la mise en place de l'*U-Space* vise à permettre le déplacement ordonné et coordonné de drones dans l'espace aérien inférieur, assurer l'accompagnement de l'usage des drones pilotés hors du champ visuel du pilote, voire en autopilote. L'*U-Space* devra également être intégré ou coordonné au contrôle du trafic aérien relevant de l'aviation civile afin d'assurer la compatibilité des systèmes⁶⁶.

⁶¹ OFAC, *Les drones en Suisse*, ch. 4.4.

⁶² Verordnung über die Schifffahrt vom 18 Februar 2011 des Regierungsrat des Kantons Luzern (RS LU 787), Art. 18 § 3.

⁶³ *Unmanned Aerial System*, soit « l'ensemble du système – aéronef ainsi que le dispositif de pilotage et communication au sol – permettant l'usage d'un aéronef » sans occupants ; CASSARD, p. 17.

⁶⁴ OFAC, *U-Space Program Management*, ch. 3.1.

⁶⁵ OFAC, *U-Space Program Management*, ch. 3.4.2.1.

⁶⁶ OFAC, *U-Space Program Management*, ch. 3.5.5.

L'*U-Space* suisse doit naturellement être compatible avec le développement des normes internationales en la matière, ainsi qu'avec les standards développés par d'autres États, en particulier l'Union européenne⁶⁷.

Conclusion

La réglementation suisse en matière d'usage de drones est libérale et relativement peu étendue, ce qui a permis à ce secteur de se développer de manière optimale. La situation juridique actuelle ne permet toutefois pas de répondre au développement particulièrement rapide de cette technologie et se trouve dépassée⁶⁸.

Ainsi, le recours à des drones pour une utilisation en visibilité indirecte est ralenti par la nécessité d'obtenir une autorisation *ad hoc* de l'OFAC, ce qui empêche *de facto* la généralisation de cette technologie.

Par ailleurs, les modifications du droit de l'Union européenne en matière de règles de l'air et l'uniformisation des règles applicables aux drones indépendamment de leur masse crée un décalage entre la législation européenne et la législation suisse qui ne suit pas une évolution dynamique des normes européennes dans le cadre des accords bilatéraux. De nombreux autres États adaptent également leur législation afin d'offrir un cadre spécifique à l'exploitation commerciale de drones⁶⁹.

Sans une adaptation rapide de la législation applicable – en coordination avec l'Union européenne – et des règles développées au sein des instances internationales telles que l'OACI⁷⁰, le risque d'affaiblir l'attractivité de la Suisse dans le développement de cette technologie est grand.

L'absence de distinction claire entre drone et aéromodélisme est peu heureuse. Il conviendrait de définir clairement quels types d'appareils relèvent de l'aéromodélisme ou du pilotage de drone récréatif. L'utilisation de ces engins devrait – comme actuellement – être autorisée de manière large et sans formalités particulières. Une limitation de leur hauteur d'utilisation ainsi que l'établissement de périmètres interdits devraient suffire à séparer fonctionnellement l'usage de ces aéronefs de loisir des autres usagers du ciel (drones civils commerciaux, aviation civile, aviation militaire).

⁶⁷ OFAC, *U-Space Program Management*, ch. 2.1 et 3.1.

⁶⁸ NDIOR, p. 137 ss, p. 139.

⁶⁹ NDIOR, p. 137 ss, p. 142.

⁷⁰ A ce sujet, voir notamment NDIOR, p. 137 ss, p. 147.

Les drones civils à usage commercial ou professionnel devraient respecter un corpus de règles plus détaillées permettant leur intégration à un système de gestion d'un espace aérien spécialement dédié, tel que l'*U-Space*.

Enfin, il semble évident qu'à l'avenir des aéronefs sans occupants d'une taille et d'une masse très importantes évolueront dans l'espace aérien. Il conviendrait dès lors d'adopter les règles et normes permettant d'intégrer sans conflit de tels aéronefs à l'aviation civile.

Des projets tels que *Uber Elevate*, la généralisation de la livraison de colis par drones ou d'autres applications de ce type ne pourront réellement émerger qu'une fois que le droit aura rattrapé la technologie.

Les différents acteurs de la branche, industriels, régulateurs et autorités de surveillance sont en route ; il ne reste plus qu'à ce que le droit administratif se mette en mouvement.

Bibliographie

- ARCHAMBAULT Laurent / MÂZOUZ Alicia, *L'envol des drones civils : Appréhension par le droit français d'une pratique émergente*, McGill University, Occasional Paper Series n° II, March 2016.
- ARORA Siddhartha, *Swiss Commercial Drone Industry - A possibility with potential ?*, Zurich/St-Gall 2016.
- CASSARD Alexandre, *Droit des drones – Belgique, France, Luxembourg*, Bruxelles 2017.
- HÄNSENBERGER Silvio, Wenn Drohnen vom Himmel fallen – luftrechtliche Haftungsfragen, *PJA* 2017, p. 163 ss.
- JAMET Antoine, L'adaptation des régimes juridiques permettant l'emploi des drones : réflexion à partir de la question de la localisation, in : Lobry *et al.* (édit.), *Drones et droit*, Cergy-Pontoise 2018, p. 117 ss.
- JOBARD Alexandre, *Les drones – la nouvelle révolution*, Paris 2014.
- KILLIAS Martin / KUHN André / DONGOIS Nathalie, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016.
- LARGEY Thierry, *Le statut juridique de l'air – Fondements pour une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international*, Berne 2017.
- MARTIN Jules, Drone et propriété foncière, in : Lobry *et al.* (édit.), *Drones et droit*, Cergy-Pontoise 2018, p. 79 ss.
- MÂZOUZ Alicia, Regards croisés sur la réglementation des drones civils, in : *Drones et droit*, Lobry *et al.* (édit.), Cergy-Pontoise 2018, p. 67 ss.
- NDIOR Valère, *Le développement des règles nationales et internationales relatives à l'exploitation commerciale de drones*, in : Lobry *et al.* (édit.), *Drones et droit*, Cergy-Pontoise 2018, p. 137 ss.
- NOTTER Markus, Institutionelles Rahmenabkommen – ein europapolitischer Zwischenruf, *EuZ* 2019, p. 4 ss.

OFFICE FÉDÉRAL DE L'AVIATION CIVILE, RPAS working group, *Les drones en Suisse – Un nouveau défi*, rapport du 7 février 2016 (disponible sur www.bazl.admin.ch [consulté le 14.5.2019]) (cité : OFAC, *Les drones en Suisse*).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'AVIATION CIVILE, *U-Space Program Management – concept of operations*, rapport du 29 mars 2019 (disponible sur www.bazl.admin.ch [consulté le 14.5.2019]) (cité : OFAC, *U-Space Program Management*).

PERRIN Michel, Le droit pénal cantonal 2011, *RVJ* 2010, p. 209 ss.

SCHNEIDER-MARFELS Jascha / KAUFMANN Sebastian, Abschluss von zivilen Drohnen unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes, *Medialex* 2018, p. 26 ss.

SCHUBERT FRANCIS, *Le droit aérien*, Zurich 2017.

La succession des droits et obligations au décès de l'administré

Sommaire

	Page
I. La question de la succession à la disparition du sujet de droit	377
II. L'application des règles civiles à la dévolution au décès de droits et obligations publiques	378
III. La liberté de champ du droit public face aux institutions civiles	380
IV. L'effet « boomerang » : le fonctionnement des institutions successorales avec ou sans les dettes de droit public	382
V. Le dialogue sur les principes généraux	384

I. La question de la succession à la disparition du sujet de droit

En droit privé, la transmission des droits et obligations au décès du sujet de droit pose trois thématiques : quels droits et obligations peuvent être transmis au décès, qui est le successeur, et par quelle modalité le successeur devient-il titulaire des droits et obligations en cause ? Seules les deux dernières thématiques relèvent du droit des successions : la transmissibilité de droits et d'obligations au décès relève de chaque discipline du droit privé dont est issue la prétention en cause. La question de la succession à titre universel d'héritier encadre la dernière thématique.

En droit public, il faut distinguer dans les rapports de droit générant des droits et obligations de nature publique, la succession de la collectivité publique de celle de l'administré. Pour ce qui concerne la première, on avance souvent l'idée que la loi doit organiser le transfert si et dans la mesure où elle permet que des obligations administratives passent d'une collectivité publique à l'autre¹. En réalité, il y a le cas échéant une

* Professeur à l'Université de Lausanne.

¹ HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2016, n. 214, p. 182 ; TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, Genève 2018, n. 717 ss, p. 256.

succession à titre universel de la puissance publique lorsque les dispositions applicables permettent l'émergence d'une nouvelle collectivité publique. On peut admettre que constituent un noyau minimum de cette forme de succession les règles du droit international coutumier sur la succession d'États dans la mesure où elles doivent être appelées, par analogie, à la création de nouveaux cantons², et au moins à ce titre admettre une reprise automatique des droits et obligations liés à l'exercice de la puissance publique en lien avec le territoire et la souveraineté³ : l'on peut admettre que plus la collectivité publique est proche des administrés, plus le principe de la succession à titre universel doit s'imposer : ainsi, ce principe général paraît habituellement accepté en matière de législation cantonale sur les scissions et fusions de communes territoriales⁴. L'on doit bien admettre en revanche que la loi spéciale est nécessaire pour d'autres établissements et corporations de droit public sans lien direct avec la souveraineté territoriale ; il faut ainsi, pour le détenteur de la puissance publique, recourir à des règles législatives, à défaut seulement au droit coutumier généralement reçu en la matière.

Mais c'est la disparition de l'administré qui nous préoccupe ici. Pour apprécier ses effets en droit administratif, il est sans doute nécessaire de fixer d'abord si et dans quelle mesure le droit privé restreint le droit administratif en l'obligeant à se fixer sur des institutions civiles pour la dévolution des actifs et des passifs au décès du justiciable.

II. L'application des règles civiles à la dévolution au décès de droits et obligations publiques

Comme nous l'avons relevé d'emblée (I), la question de la transmissibilité au décès est fixée en droit civil par les dispositions du droit duquel procède la prétention en cause : ainsi, si l'on soumettait au droit civil la dévolution successorale elle-même de droits et d'obligations publics, ce serait encore le droit administratif qui fixerait le principe même de cette transmissibilité.

Mais la désignation des successeurs et les modalités de la dévolution sur leur tête sont des questions de droit civil des successions : doivent-elles régir également des droits et des obligations qui ont leur fondement dans le droit administratif ?

² Les principes du droit international s'appliquent en effet selon la jurisprudence au droit concordataire, ATF 112 Ia 75 ; ATF 96 I 636.

³ Cf. notamment MARCOFF Marco G., *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Fribourg 1969, p. 247 ss ; PERRIN Georges, *Droit international public*, Zurich 1999, p. 145 ss et les références.

⁴ Cf. en dernier lieu : VON ROHR Muriel, *Gemeindefusionen, Rechtliche Aspekte und ausgewählte bisherige Erfahrungen*, Zurich 2018, p. 43 ss et les références.

Une réponse conforme à la répartition constitutionnelle des compétences législatives doit amener à répondre négativement à cette question. L'art. 122 al. 1 Cst. F. astreint la Confédération à limiter le champ d'application du code civil aux domaines du droit privé, soit à la transmission de droits et d'obligations de nature privée. La doctrine ancienne qui soutenait encore l'application des règles du droit privé aux obligations de l'administré décédé⁵ n'est plus aujourd'hui représentée. Pour le Tribunal fédéral⁶ et pour toute la doctrine, les mécanismes de la dévolution civile, dans la procédure de bénéfice d'inventaire par exemple, ne s'appliquent pas à des obligations de nature administrative⁷.

Cette exclusion a toutefois des limites. Dans la mesure où la Confédération règle, dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite, également le sort des créances pécuniaires et en constitution de sûretés fondées sur le droit public⁸, il apparaît que lorsque la succession est déclarée en faillite en application de la LP (art. 193 LP, 566 al. 2, 573 et 597 CC), les obligations pécuniaires et en constitution de sûretés de droit public entrent dans le concours juridique régi par le droit fédéral. Si elles n'avaient ainsi pas à être annoncées dans le cadre d'un bénéfice d'inventaire, leur défaut de production dans la masse en faillite de la succession risque d'entraîner leur extinction sans dividende⁹.

Mais, là encore, la règle paraît devoir être nuancée. Les obligations de droit administratif rattachées *propter rem* à un objet déterminé restent dues par le détenteur légitime de l'objet, sans qu'elles aient à s'éteindre dans la faillite de la succession ; en d'autres termes, elles renaissent de par l'effet de la loi de droit public sur la tête de chaque nouveau détenteur¹⁰ : cela explique, une nouvelle obligation de même contenu se créant sur la tête du nouveau détenteur, que ce système soit compatible avec le mécanisme de la LP,

⁵ Ainsi encore, KAUFMANN Karl, *Die Errichtung des öffentlichen Inventars im Erbrecht*, Berne 1959, p. 201.

⁶ ATF 59 II 314, JdT 1934 I 55 ; ATF 102 Ia 483, JdT 1978 II 98, c. 5.a ; ATF 132 I 117 ; cf. encore AB SH 1969, p. 46.

⁷ ESCHER Arnold, *Commentaire zurichois* 1960, n. 5 ss, 10 ad 582 CC ; TUOR Peter / PICENONI Vito, *Commentaire bernois*, 1964, n. 13 ad 582 CC ; STEINAUER Paul-Henri, *Le droit des successions*, Berne 2015, n. 1041, p. 544 ; WOLF Stephan / HRUBESCH-MILLAUER Stephanie, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Berne 2017, n. 1531, p. 403 ; COUCHEPIN Gaspard / MAIRE Laurent, *Droit des successions*, Berne 2012, n. 18 ad 590 CC ; GUINAND Jean / STETTLER Martin / LEUBA Audrey, *Droit des successions*, Genève 2005, n. 486, p. 234 ; WISSMANN Kurt / VOGT Nedim Peter / LEU Daniel, *Commentaire bâlois*, ZGB II, 2019, n. 6 ad 589 CC ; GRISEL André, *À propos de la succession en droit public*, *Mélanges H. Zwahlen*, Lausanne 1977, p. 320-321 ; PFYL Stefan, *Die Wirkungen des öffentlichen Inventars*, Fribourg 1996, p. 128 ss.

⁸ Sur la constitutionnalité de cette compétence depuis 2007, cf. PIOTET Denis, *Commentaire romand Cst. F.*, à paraître, n. 25-26 ad 122 Cst. et les références.

⁹ Cf. aussi ATF 85 I 121 ; ATF 103 III 21 ; ATF 119 V 165.

¹⁰ GRISEL, cité note 7, p. 314 et les références ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, cités note 1, n. 832 ss, p. 185 ; MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2011, p. 84-85 ; TANQUEREL, cité note 1, n. 728, p. 258 ; cf. par exemple, TF, SJ 2012 I 477.

spécialement en cas de faillite. Lorsque c'est le même droit public subjectif qui est en jeu, et que l'on ne peut construire une renaissance d'un droit équivalent à celui qui s'est éteint dans l'exécution forcée, les règles de la LP devront s'appliquer exclusivement, ce qui est le cas notamment pour les droits réels limités de nature administrative¹¹.

III. La liberté de champ du droit public face aux institutions civiles

Sous réserve ainsi du droit de l'exécution forcée, ainsi que de l'hypothèse de la faillite de la succession (art. 566 al. 2, 573 et 597 CC), le droit public est libre de renvoyer ou non aux institutions du droit privé des successions. La situation où cette question se pose le plus souvent est celle du bénéfice d'inventaire. Pour les uns, le silence du droit public constitue une lacune qui doit être comblée par l'application supplétive des art. 580 ss CC, applicables à titre de droit public fédéral ou cantonal¹². Cet appel supplétif au droit privé est rejeté par d'autres auteurs, qui préconisent en cas de silence de la loi une pure et simple non-application des mécanismes de l'inventaire public¹³.

À notre avis, il s'agit d'interpréter la source de l'obligation de droit public : jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a recouru supplétivement au droit privé que si la règle de droit public entraînait un tel renvoi¹⁴.

Tout à l'opposé, le principe de la succession fiscale ne correspond pas à celui de la succession universelle du droit privé¹⁵. Le successeur fiscal est tenu sur sa part successorale, et le cas échéant même sur son acquisition matrimoniale au décès qui s'ajoute à la part successorale, ce qui ne procède pas d'une succession universelle au sens du droit privé ; la fortune de droit privé d'un véhicule successoral constituant une personne juridique de droit privé, mais non reconnue comme sujet fiscal, devra s'ajouter au patrimoine de

¹¹ PIOTET Denis, *Commentaire romand, LP*, Bâle 2005, n. 6 ad 140 LP.

¹² Cf. GRISEL, cité note 7, p. 321 ; PFYL, cité note 7, p. 134 ss ; limitation aux dettes publiques d'argent, MOOR/POLTIER, cités note 10, p. 81 s.

¹³ WISSMANN/VOGT/LEU, cités note 7, n. 6 ad 589 CC ; RUBIDO José-Miguel, *Commentaire romand CC II*, Bâle 2016, n. 3 ad 589 CC ; NONN Michael / ENGLER Urs, *Praxiskommentar Erbrecht*, Bâle 2019, n. 3 ad 589 CC, ces derniers relevant que l'emploi du mot *héritier* dans la loi de droit public entraîne implicitement un renvoi aux institutions civiles pour ce qui touche la désignation du débiteur après décès.

¹⁴ ATF 97 V 221, et ATF 111 V I, à partir de l'art. 43 RAVS ; cf. aussi ATF 96 V 72 pour le principe même de la transmission, fondé aussi sur le mécanisme du RAVS ; on peut s'interroger sur les raisons du maintien de la règle à l'art. 43 RAVS et de son absence de transposition dans la LPG.

¹⁵ ATF 144 II 352 et les références ; SALOMÉ HUGUES, *Commentaire romand LIFD*, Bâle 2017, n. 1 ad 12 LIFD et les références.

l'ayant droit économique à son décès, alors qu'il n'y a précisément pas de succession en droit privé.

Cet écartement du droit fiscal par rapport au système du droit privé trouve là encore ses propres limites dans la faillite de la succession, ou plus généralement dans la possibilité de poursuivre pour la dette fiscale en application de la LP. Si la fortune du véhicule successoral, constituant une personne morale de droit privé, s'ajoute ainsi à celle de son ayant droit économique au décès de ce dernier notamment, la créance fiscale elle-même ne peut justifier une poursuite contre le sujet de droit civil distinct qu'est le véhicule successoral en cause, et ne permettra pas de réaliser les actifs de ce dernier.

Dans un système aussi divergent de celui du droit privé, il apparaît même que les fiscalistes soient plus enclins à appliquer le droit privé alors qu'il n'y a pas lieu de l'appliquer au vu du système divergent du droit public. Ainsi, en cas de liquidation officielle, la règle de l'art. 12 LIFD reste que la succession fiscale est attachée à la part nette de l'héritier, et il n'y a aucun motif de déroger à cette règle en appliquant à cette succession de droit public l'art. 593 al. 3 CC¹⁶ ; ainsi, la liquidation officielle qui aboutit à la vente d'actifs commerciaux du défunt oblige fiscalement l'héritier au titre de transfert de la fortune commerciale à la fortune privée, alors même que l'héritier ne répond pas des dettes du défunt.

Entre le modèle des assurances sociales, qui permet de faire appel supplétivement aux règles du droit privé, et celui du droit fiscal, qui s'en écarte radicalement, un grand éventail de solutions est ouvert en matière de législation de droit public.

Cette liberté se concrétise en particulier sur la possibilité d'admettre qu'une succession à titre universel peut intervenir en dehors des cas prévus par le droit privé.

De même, le droit public peut à l'inverse restreindre la transmission à titre universel pour certaines obligations des administrés : l'obligation de rembourser l'aide sociale au décès de la personne assistée ne grève les successeurs en général qu'à concurrence de l'actif net qui leur revient en qualité de successeurs à cause de mort¹⁷.

¹⁶ Malgré BLUMENSTEIN Ernst / LOCHER Peter, *System des schweizerischen Steuerrechts*, Zurich 2016, p. 91.

¹⁷ Ainsi, pour le canton de Vaud : art. 42 de la loi vaudoise sur l'action sociale, du 2 décembre 2003 (850.051) ; art. 33 al. 3 de la loi sur l'aide aux personnes recourantes à l'action médico-sociale, du 24 janvier 2006 (850.11) ; art. 28 al. 3 de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour les familles et les prestations cantonales de la rente-pont (850.053) ; art. 49 de la loi sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées du 10 février 2004 (850.61).

Au surplus, le transfert d'une concession de droit public, notamment en cas de disparition du titulaire d'origine, peut avoir des effets universels¹⁸. Il est même concevable que, dans le cas de sa disparition, le délégataire d'une tâche publique puisse régler certains aspects de sa succession sur un modèle de droit privé : ainsi, l'art. 37 de la loi vaudoise sur le notariat, du 29 juin 2004, prescrit que « le notaire peut désigner un notaire successeur par acte entre vifs écrit ou par disposition à cause de mort », disposition qui toutefois est soumise à ratification par l'autorité après décès ou renonciation (alinéa 2).

À défaut de disposition spécifique, l'admission d'une succession à titre universel dépend des sources de chaque prétention de droit public : on ne peut plus aujourd'hui admettre que le droit public exclut par principe une succession à titre universel si elle n'est pas spécialement prévue : cette exclusion ne dépend en réalité que de la nature de chaque droit et obligation transmissible au décès¹⁹. Ce qui en revanche est certain, c'est que si la succession à titre universel doit être admise, elle doit reposer sur une base légale dans la mesure où elle doit avoir un effet contraignant sur les successeurs visés. À défaut, le mécanisme du droit privé, qui permet de refuser ou de restreindre cette succession (art. 566 ss, 589 CC) ne suppose pas à notre sens une telle base légale expresse : c'est pour cette raison, et pour elle seule à nos yeux, que le système du code civil doit pouvoir être appelé à titre supplétif faute de disposition spéciale en droit public, du moins pour autant qu'une succession à titre universel ait sa place en droit administratif.

IV. L'effet « boomerang » : le fonctionnement des institutions successorales avec ou sans les dettes de droit public

La transmission aux héritiers d'obligations de droit administratif au-delà, ou sans recours, aux mécanismes du droit privé, présente évidemment certains inconvénients. La doctrine de droit civil n'y prête, de façon regrettable, que peu d'attention.

Même si elles ressortent souvent des papiers du défunt (art. 583 al. 1 CC), les obligations fiscales de ce dernier en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou encore d'acceptation pure et simple, de la succession, à un moment où l'héritier ignore encore que l'importance d'un rattrapage fiscal peut rendre la masse obérée. Cette situation devrait justifier un droit d'invalider pour vice de la volonté l'acceptation, simple, ou même

¹⁸ Cf. notamment POLEDNA Tomas, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Berne 1994, p. 260 s. et les références.

¹⁹ Ainsi déjà, GIACOMETTI Zaccaria, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich 1960, p. 330 ss.

sous bénéfice d'inventaire, l'obligation fiscale sortant des limitations de l'art. 590 CC. L'appréciation restrictive des conditions d'un vice de la volonté dans de telles situations ne nous paraît se rapporter qu'à l'inventorisation des actifs et des passifs selon le droit privé, et ne devrait pas avoir de portée au-delà.

Si, idéalement, l'inventaire public décompte les passifs et les actifs avec présomption d'exactitude, de sorte que l'absence d'enrichissement au sens de l'art. 590 al. 2 CC devrait être à charge de l'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, la jurisprudence fédérale retient à tort cette solution²⁰ dans la mesure où il faut tenir compte aussi des passifs de droit public qui échappent à l'inventaire public. Il faut ainsi en revenir à la présomption de l'art. 8 CC, et mettre cette preuve à charge du créancier de droit privé dont le droit n'a pas été inventorié²¹.

La question est d'une manière générale celle qui tend à définir quel passif de droit public doit être décompté en droit civil pour fixer la valeur nette des biens extants (art. 474 al. 2 CC). Les dettes qui doivent l'être sont celles qui procèdent d'une succession de droit public qui peut être soit fixée sur celle du droit privé, soit sur celle de principes autonomes de droit public, mais qui s'opère alors en lien avec la disparition du justiciable (succession fiscale en particulier). Pour éviter un mécanisme de renvoi réciproque, il faut admettre que de tels passifs de droit administratif constituent des éléments à soustraire de la masse des biens extants au sens de l'art. 474 al. 2 CC : si, en application d'une autre législation fiscale, un impôt vient frapper l'héritier à raison de sa part successorale, le passif de droit public que représentait la dette fiscale du défunt doit être déduit de la part telle que résultant ainsi du droit civil pour être soumise à la nouvelle taxation.

On réserve naturellement la règle de droit public à caractère strictement subsidiaire, soit celle qui ne met à charge d'un successeur un passif de droit administratif que si ce dernier acquiert à cause de mort un solde d'actifs, passif qui n'est ainsi compté que conditionnellement comme dette grevant les biens extants au décès. Mais du point de vue civil – notamment au regard de l'art. 590 al. 2 CC – ce passif conditionnel de droit public doit être pris en considération à charge par exemple de l'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire et qui se retrouve effectivement enrichi par la succession en cause.

Il faut, pour être complet, relever que la charge passive latente de droit public doit contribuer à fixer la valeur vénale (civile) des biens successoraux, soit finalement l'actif net taxable lui-même au titre de l'impôt successoral, notamment lorsqu'un actif provient de la fortune commerciale du défunt²².

²⁰ ATF 72 II 18, JdT 1946 I 489.

²¹ PIOTET Denis, *Commentaire romand, CC I*, Bâle 2010, n. 51 ad 8 CC.

²² Oberg. TG, RBOG 2010, n. 10, 84.

V. Le dialogue sur les principes généraux

Face à des institutions de droit public souvent lacunaires en matière de successions à titre universel, la doctrine de droit administratif évoque volontiers le lien avec les mécanismes de droit privé, soit pour le transposer, soit pour le rejeter. La doctrine de droit privé en revanche néglige quant à elle dans son système strictement codifié, les éléments extrinsèques à ce système qui pourtant influent, parfois de façon essentielle, sur les institutions civiles.

Cette discussion illustre la nécessité d'échanges entre privatistes et publicistes, et la prise en considération réciproque des institutions de chaque discipline par les uns et les autres. Par cette thématique, le soussigné rend hommage au dédicataire de ces lignes pour la richesse des échanges dont il a pu toujours bénéficier et dont il espère encore profiter à l'avenir.

Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?

Sommaire	Page
Introduction	385
I. Le cadre	386
II. La question	388
III. La réponse	390
IV. La critique	393
A. L'enseignement relatif au cas de figure où, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union dispose d'une marge d'appréciation limitée, voire inexistante	393
B. L'enseignement relatif au cas de figure où, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union exerce seule le pouvoir décisionnel final	396
Conclusion	398

Introduction

1. Parce qu'il fut, tour à tour, juge de l'administration et professeur de droit administratif, le dédicataire de ces lignes a toujours été sensible aux questions contentieuses.

La circonstance que le droit national et celui de l'Union européenne aient à s'articuler au sein d'un même litige ne sera pas pour lui déplaire. N'est-ce pas lui qui, encore récemment, mit sur pied, dans son *Alma Mater*, un cours de droit de l'énergie bâti sur ces deux piliers, sans même que la Suisse ait pris part à l'Union ?

2. Mais quelle est la question qui retient l'attention ? Elle est celle de savoir qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen.

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

Cette question, qui illustre l'imbrication des ordres – et des désordres – juridictionnels, a fait l'objet d'un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne qui mérite assurément l'attention.

Pour en prendre la mesure, il faut exposer le cadre dans lequel l'arrêt s'inscrit (I), s'intéresser à la manière dont la Cour s'est vue interroger (II), puis présenter l'enseignement qu'elle prodigue en réponse (III), avant de formuler les observations critiques que cette réponse appelle (IV).

I. Le cadre

3. L'affaire dont il est question se présente dans le secteur bancaire et se déroule en Italie. Au cœur de celle-ci, un certain Silvio Berlusconi¹.

4. Dès après la crise bancaire mondiale qui éclate en 2008, l'Union européenne se pare d'instruments destinés à améliorer la régulation du secteur.

Une directive voit le jour : la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 26 juin 2013. Elle concerne l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement².

La directive 2002/87/CE s'en trouve modifiée et les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, abrogées³. L'on désigne ainsi la directive nouvelle sous l'appellation « directive CRD IV », étant la quatrième « *Capital Requirement Directive* ».

¹ CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi et al./Banca d'Italia et al.*, aff. C-219/17, EU:C:2018:1023.

² Dir. 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *J.O.U.E.* 2013, L 176, p. 338.

³ Dir. 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.* L 35, p. 1 ; dir. 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O.U.E.* L 77, p. 1 ; dir. 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, *J.O.U.E.* L 77, p. 201.

5. La « directive CRD IV » prescrit qu'au sein de chaque État membre, toute personne qui a décidé d'acquérir une participation qualifiée⁴ dans un établissement de crédit – ou d'augmenter cette participation – doit notifier à l'autorité nationale compétente « le montant envisagé de sa participation » et les « informations » y afférentes⁵.

L'autorité nationale compétente dispose alors d'un certain délai pour procéder à l'évaluation de ce projet d'« acquisition » et l'approuver ou, au contraire, le réprouver.

Dans ce cadre, l'autorité nationale compétente est, parmi d'autres critères d'évaluation énumérés par la directive⁶, tenue d'examiner l'honorabilité du candidat acquéreur.

6. Un autre instrument juridique européen est consacré. Il s'agit du règlement n° 1024/2013 adopté, par le Conseil, le 15 octobre 2013.

Ce règlement confie à la Banque centrale européenne (ci-après, BCE) « des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit »⁷. L'on parle, à cet égard, de « mécanisme de surveillance unique », d'où l'acronyme « règlement MSU ».

Aux termes de ce règlement, l'autorité nationale compétente, après avoir évalué l'acquisition proposée d'une participation qualifiée, transmet à la BCE sa proposition visant à s'opposer ou à ne pas s'opposer à l'acquisition⁸. En vertu de ce même règlement, c'est la BCE qui décide de s'opposer ou non à l'acquisition en question⁹.

7. Un troisième instrument juridique européen mérite encore l'attention. Il s'agit du règlement n° 468/2014 adopté, par la BCE, le 16 avril 2014.

⁴ Par « participation qualifiée », la réglementation applicable vise « le fait de détenir, dans une entreprise, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou toute autre possibilité d'exercer une influence notable sur la gestion de cette entreprise » (art. 4, par. 1^{er}, 36, R. n° 575/2013 du Parlement et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement UE n° 648/2012, *J.O.U.E.* L 176, p. 1. Voy. égal., en droit italien, l'art. 19 du décret législatif n° 385 du 1^{er} septembre 1993 – Texte unique des lois en matière bancaire et de crédit, *G.U.* n° 230 du 30 septembre 1993, suppl. ord. n° 92, tel que modifié par le décret législatif n° 72 du 12 mai 2015).

⁵ Art. 22 dir. 2013/36/UE.

⁶ Voy. l'art. 23 dir. 2013/36/UE.

⁷ R. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.* 2013, L 287, p. 63.

⁸ Art. 15, par. 2, R. n° 1024/2013.

⁹ Art. 15, par. 3, R. n° 1024/2013.

Ce règlement vise à établir le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE et les autorités nationales compétentes¹⁰.

Aux termes de ce règlement-cadre – dit « règlement-cadre MSU » –, l'autorité nationale compétente doit, dès après avoir reçu la notification d'une acquisition projetée, tenir étroitement informée la BCE.

L'autorité nationale compétente examine si l'acquisition éventuelle satisfait à toutes les conditions prévues par les dispositions pertinentes du droit de l'Union et du droit national. Dans la foulée, elle « prépare un projet de décision proposant que la BCE s'oppose ou ne s'oppose pas à l'acquisition »¹¹.

C'est donc, au final, la BCE qui décide si elle s'oppose ou non à cette acquisition « sur la base de son examen de l'acquisition envisagée et du projet de décision » de l'autorité nationale compétente¹².

II. La question

8. L'affaire qui conduit à l'arrêt commenté de la Cour de justice de l'Union européenne débute dans les années 1990.

À cette époque, Silvio Berlusconi a acquis, par l'intermédiaire de la société Fininvest, environ 30 % des parts d'une Compagnie « C » qui contrôle notamment la Banque « B », laquelle est, dès 2014, assujettie à la surveillance des participations qualifiées¹³.

Parce que définitivement condamné pour fraude fiscale en 2013, Silvio Berlusconi fait l'objet d'une décision prise par l'autorité italienne compétente qui constate qu'il a cessé de remplir la condition d'honorabilité prévue par la législation applicable, en sorte que la participation de la Compagnie « C » dans la Banque « B » doit être cédée.

¹⁰ R. (UE) n° 468/2014 de la Banque centrale européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales, *J.O.U.E.* 2014, L 141, p. 1 et *J.O.U.E.* 2018, L. 65, p. 48).

¹¹ Art. 86, par. 1^{er}, R.-cadre n° 468/2014.

¹² Art. 87 R.-cadre n° 468/2014.

¹³ La compagnie « C » correspond, dans la réglementation applicable, à ce qu'on appelle une « Compagnie financière holding mixte ». En 2014, la loi italienne qui transpose la directive 2011/89/UE du 16 novembre 2011 du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 98/78/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers (*J.O.U.E.* 2011, L 326, p. 113) a étendu la surveillance exercée par la BCE sur les acquisitions de participations qualifiées à celles acquises par des compagnies financières holding mixte, que constitue la compagnie « C ».

Silvio Berlusconi et Fininvest attaquent la décision en cause et, par un arrêt du 3 mars 2016, le Conseil d'État italien leur donne gain de cause. La raison en est que la condition d'honorabilité en question a été requise postérieurement aux faits ayant conduit à la condamnation de M. Berlusconi pour fraude fiscale, en sorte que les règles d'application de la loi dans le temps ont été violées.

9. Entretemps, la Compagnie « C » est absorbée par la Banque « B »¹⁴. Fininvest se trouve ainsi affiliée, non plus à la Compagnie « C », mais directement à la Banque « B ».

Tant l'autorité nationale compétente que la BCE en déduisent qu'une demande d'autorisation, relative à cette acquisition de participation qualifiée dans la Banque « B », est requise, sur le fondement du droit de l'Union.

Fininvest n'ayant jamais introduit cette demande, l'autorité italienne compétente décide d'ouvrir d'office une procédure administrative, tout en précisant que la compétence décisionnelle revient, en la matière, à la BCE.

Sur la base de la documentation reçue de Fininvest, l'autorité compétente italienne établit, à destination de la BCE, une proposition de décision contenant un avis s'opposant à l'acquisition projetée en raison du défaut d'honorabilité des acquéreurs de la participation en cause.

Par une décision du 26 octobre 2016, la BCE suit la proposition et décide de s'opposer à l'acquisition litigieuse.

10. Pour se défendre, Silvio Berlusconi et Fininvest décident d'introduire pas moins de trois recours distincts :

- le premier est un recours en annulation introduit devant le Tribunal de l'Union européenne et dirigé contre la décision de la BCE ;
- le deuxième est un recours en annulation introduit devant le Tribunal administratif régional du Latium et dirigé contre la proposition de rejet d'acquisition établie par l'autorité italienne compétente ;
- le troisième, enfin, est un recours d'une nature spécifique¹⁵ introduit devant le Conseil d'État italien, en vue de solliciter la nullité de cette même proposition pour avoir prétendument violé la chose déjà jugée par le Conseil d'État italien dans l'arrêt rendu, par ce dernier, le 3 mars 2016.

¹⁴ Techniquement, la Compagnie « C », qui constitue une Compagnie financière holding mixte (voy. note 13), fait l'objet de ce qu'il est convenu d'appeler une fusion inversée.

¹⁵ Il s'agit d'une *azione di ottemperanza*, au sens de l'art. 112 du Code de procédure administrative italien.

11. C'est dans le cadre de ce troisième recours que l'autorité italienne compétente souève l'argument suivant lequel elle se serait contentée d'adopter un acte préparatoire.

En d'autres termes, il serait question d'un acte dépourvu « de tout contenu décisionnel, visant à l'adoption d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une institution de l'Union » et qui ressortirait, « au même titre que la décision finale, à la compétence du seul juge de l'Union »¹⁶.

Hésitant, le Conseil d'État italien en vient, en substance, à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur le point de savoir qui du juge national ou européen est compétent pour connaître d'un « recours formé contre des actes d'ouverture, préparatoires et de proposition non contraignante » pris par une autorité nationale dans le cadre de la procédure destinée à évaluer l'acquisition projetée d'une participation qualifiée, directe ou indirecte, dans un établissement bancaire, quel que soit le type de recours national en cause, ordinaire ou spécifique¹⁷.

III. La réponse

12. La Cour de justice de l'Union européenne commence par « rappeler que l'article 263 TFUE » confère aux juridictions de l'Union « la compétence exclusive pour contrôler la légalité des actes pris par les institutions de l'Union, dont fait partie la BCE »¹⁸.

Elle prend ensuite soin de distinguer *deux cas de figure* auxquels elle estime devoir réserver des sorts différents.

13. Le *premier cas de figure* est celui dans lequel « [...] il résulte de la répartition des compétences opérées dans le domaine considéré entre les autorités nationales et les institutions de l'Union que l'acte pris par l'autorité nationale est une étape nécessaire d'une procédure d'adoption d'un acte de l'Union dans laquelle les institutions de l'Union ne disposent que d'une marge d'appréciation limitée ou inexistante, de sorte que l'acte national lie l'institution de l'Union »¹⁹.

¹⁶ CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi et al./Banca d'Italia et al.*, aff. C-219/17, EU:C:2018:1023, par. 37.

¹⁷ *Id.*, par. 39.

¹⁸ *Id.*, par. 41.

¹⁹ *Id.*, par. 45.

Dans un tel cas de figure, la Cour juge qu'« un acte d'une autorité nationale qui s'insère dans un processus décisionnel de l'Union ne relève pas de la compétence exclusive du juge de l'Union »²⁰.

La Cour précise que « C'est alors aux juridictions nationales de connaître des irrégularités dont un tel acte national serait éventuellement entaché »²¹. Elle indique, par ailleurs, que ces juridictions nationales sont tenues de ce faire :

- « [...] dans les mêmes conditions de contrôle que celles réservées à tout acte définitif qui, pris par la même autorité nationale, est susceptible de faire grief à des tiers [...] »²² ;
- en considérant « comme recevable le recours introduit à cette fin quand bien même les règles de procédures nationales ne le prévoiraient pas », « [...] au nom du principe de protection juridictionnelle effective »²³ ;
- et... « [...] en saisissant le cas échéant la Cour [de justice] à titre préjudiciel [...] »²⁴.

14. Le *second cas de figure* est celui dans lequel un acte est pris par une autorité nationale, qui constitue « une étape d'une procédure dans laquelle une institution de l'Union exerce, seule, le pouvoir décisionnel final sans être liée » par l'acte préparatoire ou la proposition émanant de l'autorité nationale²⁵.

Dans un tel cas de figure, la Cour juge que cette « éventuelle implication [...] dans le cours de la procédure conduisant à l'adoption » d'un acte pris par une institution de l'Union « ne saurait mettre en cause » sa « qualification d'acte[s] de l'Union »²⁶.

La raison en est, selon la Cour, que le droit de l'Union ne vise pas, dans ce cas, « à instaurer un partage entre deux compétences, l'une nationale, l'autre de l'Union, qui auraient des objets distincts », mais « consacre, au contraire, le pouvoir décisionnel exclusif d'une institution de l'Union »²⁷.

La Cour en conclut qu'il revient, dans ce cas de figure, au juge de l'Union, « au titre de sa compétence exclusive pour contrôler la légalité des actes de l'Union sur le fondement

20 *Ibid.*

21 *Id.*, par 46.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Id.*, par. 43.

26 *Ibid.*

27 *Id.*, par. 44.

de l'article 263 TFUE, de statuer sur la légalité de la décision finale prise par l'institution de l'Union en cause »²⁸.

La Cour ajoute qu'il lui revient aussi « d'examiner, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des intéressés, les éventuels vices entachant les actes préparatoires ou les propositions émanant des autorités nationales qui seraient de nature à affecter la validité de cette décision finale »²⁹.

Selon la Cour, « l'efficacité » d'un « processus décisionnel » correspondant au cas de figure sous examen « suppose nécessairement un contrôle juridictionnel unique, qui ne soit exercé, par les seules juridictions de l'Union, qu'une fois prise la décision de l'institution de l'Union mettant fin à la procédure administrative, décision qui est seule susceptible de produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique »³⁰.

Toujours selon la Cour, « [...] la coexistence des voies de recours nationales à l'encontre d'actes préparatoires ou de propositions émanant d'autorités des États membres dans ce type de procédure et du recours prévu à l'article 263 TFUE à l'encontre de la décision de l'institution de l'Union ne serait pas exempte de risque de divergences d'appréciations dans une même procédure et, partant, serait susceptible de mettre en cause la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la légalité de cette décision finale, notamment lorsque celle-ci suit l'analyse et la proposition desdites autorités »³¹.

La Cour précise enfin qu'« Eu égard à cette nécessaire unicité du contrôle juridictionnel, sont sans incidence tant le type de voie de droit nationale empruntée pour soumettre les actes préparatoires adoptés par les autorités nationales au contrôle d'une juridiction d'un État membre que la nature des chefs de conclusion ou des moyens présentés à cette fin »³².

15. Appliquant ces enseignements à l'espèce déférée à son contrôle, la Cour de justice de l'Union européenne observe que la procédure litigieuse donne le pouvoir décisionnel final à la BCE, en sorte qu'elle estime les juridictions de l'Union compétentes pour connaître de la régularité tant de l'acte final que des actes préparatoires à l'adoption de ce dernier, fussent-ils pris par des autorités nationales, en vertu du droit national³³.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Id.*, par. 49.

³¹ *Id.*, par. 50.

³² *Id.*, par. 51.

³³ *Id.*, par. 52 à 59.

IV. La critique

16. Les enseignements prodigués par la Cour de justice de l'Union européenne sont-ils convaincants et, au-delà, praticables ?

L'on évoque, dans un premier temps, l'enseignement afférent au cas de figure dans lequel, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union dispose d'une marge d'appréciation limitée, voire inexistante (A). L'on évoque, dans un second temps, celui afférent au cas de figure dans lequel, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union exerce seule le pouvoir décisionnel final (B).

A. L'enseignement relatif au cas de figure où, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union dispose d'une marge d'appréciation limitée, voire inexistante

17. Ainsi qu'on l'a vu, la Cour de justice de l'Union européenne juge que si, dans le cadre de la procédure d'adoption d'un acte administratif, la répartition des attributions entre l'autorité nationale et l'Union est telle qu'à la suite de l'intervention de l'autorité nationale, l'Union dispose d'une marge d'appréciation limitée, voire inexistante, « de sorte que l'acte national lie l'institution de l'Union », l'acte national « ne relève pas de la compétence exclusive du juge de l'Union »³⁴.

Cet enseignement soulève, à notre estime, diverses questions.

18. L'on peut, tout d'abord, se demander quand l'Union dispose d'une « marge d'appréciation limitée », mais d'une marge d'appréciation quand-même, tout en étant « liée » par l'acte préparatoire national.

Par hypothèse, tout acte préparatoire pèse sur le processus décisionnel qu'il contribue à préparer, mais la Cour semble plus stricte : elle paraît prendre, pour critère-pivot, la question de savoir si l'acte préparatoire conduit ou non, de façon irrémédiable, l'acte décisif à telle ou telle conclusion.

Si un acte préparatoire est tel qu'il ne laisse plus la moindre marge d'appréciation à l'Union, le pouvoir décisionnel final de celle-ci est, selon la Cour, entièrement lié, ce que l'on peut à la fois comprendre et arriver à identifier dans la réalité juridique.

Par contre, comment, avec la certitude que l'enseignement impose, reconnaître les situations dans lesquelles l'acte préparatoire diminuerait nettement la marge d'appréciation de

³⁴ *Id.*, par. 45.

l'Union, sans, par hypothèse, anéantir cette marge, tout en « liant » l'Union, autrement dit en conduisant, de façon irrémédiable, l'acte décisive à telle ou telle conclusion ?

Il semble que la Cour ait voulu se montrer prudente. Mais cette prudence n'ouvre-t-elle pas un espace dans lequel les questions pourraient s'avérer plus nombreuses que les réponses ? N'aurait-il pas mieux valu retenir, pour critère-pivot, la question de savoir si l'acte préparatoire conduit ou non, de façon irrémédiable, l'acte décisive à telle ou telle conclusion, en droit ou en fait ?

19. L'on peut, par ailleurs, se demander si un acte préparatoire est, par nature, susceptible de se voir conférer le statut d'acte « liant » – ou non – l'autorité investie du pouvoir de décision.

En droit belge, la plupart des actes préparatoires ne causent, certes, pas, par eux-mêmes, grief et ne conduisent, dès lors, pas à une conclusion que l'autorité investie du pouvoir de décision devrait se contenter d'entériner, liée qu'elle serait par le contenu de l'acte préparatoire qui a été posé³⁵. Tel est notamment le cas de l'avis simple qui correspond à une opinion que l'autorité investie du pouvoir de décision est libre de suivre, ou non³⁶.

Toujours en droit belge, d'autres actes préparatoires lient, à l'inverse, l'autorité investie du pouvoir de décision et obligent celle-ci à décider dans le sens de l'acte préparatoire. Tel est le cas de l'avis dit « conforme », lequel constitue ni plus ni moins qu'une forme d'« autorisation »³⁷.

Il est toutefois certains actes préparatoires qui peuvent lier par certains égards et ne pas lier par d'autres. En droit belge, il en va ainsi de la proposition en certaines circonstances.

De la même façon que l'avis, la proposition est « l'expression d'une opinion » et, de la même façon que l'avis conforme, la proposition « présente un caractère contraignant pour l'autorité investie du pouvoir de décision »³⁸.

Mais imaginons le cas de figure suivant. Une procédure de promotion dans la fonction publique est lancée dont il ne peut sortir qu'un lauréat. Par hypothèse, vingt candidats se présentent et, toujours par hypothèse, le choix doit être opéré, par l'autorité investie du pouvoir de décision, parmi les cinq candidats proposés qui sont, en quelque sorte, présélectionnés.

³⁵ Voy. not. RENDERS David, *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, 2019, p. 276-278, et les réf. citées.

³⁶ *Id.*, p. 323, et les réf. citées.

³⁷ *Id.*, p. 324.

³⁸ *Id.*, p. 321.

Dès lors que l'autorité investie du pouvoir de décision est tenue de respecter la proposition et, donc, de promouvoir l'un des cinq agents dont le nom figure dans la proposition, les quinze candidats à la promotion qui n'ont pas été retenus dans celle-ci sont – juge-t-on – en droit d'attaquer la proposition. En effet, bien que préparatoire de la décision de promotion, cette proposition leur cause – si l'on ose écrire : déjà – grief, puisqu'elle a pour effet de les éliminer de la procédure³⁹.

Les quatre candidats à la promotion qui ont été proposés, mais qui, au final, n'auront pas été promus, ne sauraient, pour leur part, régulièrement contester la proposition puisque leur nom figure dans celle-ci au nombre de ceux qui auraient pu être promus. Ces candidats seront donc tenus d'attaquer la décision de promotion, autrement dit celle qui portera le choix de l'agent promu.

De cette illustration tirée du droit belge, il apparaît ainsi qu'il n'est pas nécessairement possible d'assurer à un acte préparatoire le statut d'acte « liant » – ou non – l'autorité investie du pouvoir de décision pour l'ensemble de ses destinataires.

Dans ce contexte, la solution dégagée par la Cour de justice n'est-elle pas difficilement praticable puisqu'en reprenant l'exemple qui vient d'être évoqué, elle pourrait conduire certains destinataires de l'acte préparatoire à devoir contester cet acte devant le juge national et d'autres à devoir contester l'acte décisoire devant le juge européen ?

20. L'on a, enfin, pu lire que la Cour de justice estime que le juge national est appelé à contrôler, en droit national, l'acte préparatoire qui annihile ou restreint nettement la marge d'appréciation de l'institution européenne en cause.

C'est au point que la juridiction précise, à cet égard, que le juge national devra alors :

- pratiquer un contrôle absolument identique à celui qu'il exerce pour tout acte définitif susceptible de faire grief à des tiers ;
- le cas échéant, poser les questions préjudicielles qui s'imposent à la Cour de justice, si le droit de l'Union est en cause ;
- et ouvrir son prétoire à la catégorie d'actes en cause, si tel n'est pas le cas pour l'heure.

Il se déduit d'un tel enseignement que l'acte définitif pris par l'Union – mais qui n'est, par nature, pas vraiment décisoire, dès lors qu'il est « lié » à un acte préparatoire national –, n'est pas, pour ce qui le concerne, assujéti au contrôle du juge national : il continue d'émerger au contrôle du juge européen, et à lui seul.

³⁹ *Id.*, p. 280.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le juge national, au sujet de l'acte préparatoire mais décisif, et le juge européen, au sujet de l'acte définitif mais non réellement décisif, devront avoir – ou auront – une même analyse du processus décisionnel en cause et devront aboutir – ou aboutiront – aux mêmes conclusions.

Pour l'écrire autrement, faut-il comprendre :

- que le juge européen devra attendre que le juge national, par hypothèse saisi, ait statué et s'inscrire dans ses pas, « lié » qu'il serait, à son tour, par la décision juridictionnelle nationale ?
- ou que le juge européen conservera une liberté d'appréciation dans le cadre du contrôle de régularité qu'il exerce à l'égard de l'acte européen définitif ? Et de l'acte national préparatoire ?

En suivant la première branche de l'alternative, à quoi servirait-il encore que le juge européen s'exprime ? En suivant la seconde, à quoi servirait-il que le juge national en fasse autant ?

B. L'enseignement relatif au cas de figure où, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union exerce seule le pouvoir décisionnel final

21. L'enseignement relatif au cas de figure où, à la suite de l'acte préparatoire national, l'Union exerce seule le pouvoir décisionnel final évoqué, n'est pas non plus sans poser question.

La Cour invoque, ici, l'efficacité du contrôle juridictionnel pour considérer que le juge européen est non seulement compétent pour contrôler l'acte de l'Union, décisif et décisif, mais aussi l'acte national, préparatoire et – si l'on ose écrire – inoffensif.

22. Si un même processus décisionnel doit conduire à un contrôle juridictionnel un et indivisible, pourquoi cette vérité s'impose-t-elle lorsque la véritable décision est celle de l'Union et ne s'impose-t-elle pas lorsque la véritable décision est celle d'un État membre ?

L'on peut évidemment répondre que, dans les deux cas, c'est l'Union qui donne à l'Union la préférence. Mais cette réponse suffit-elle à convaincre ?

23. Plus fondamentalement, le contrôle de l'acte préparatoire national et inoffensif doit, selon la Cour même, être assuré, dans le cadre du contrôle de l'acte de l'Union, décisif et décisif.

Dans cette logique, doit-on en inférer qu'il revient au Tribunal de l'Union et à la Cour de justice d'exercer le contrôle de régularité de l'acte national, non seulement au regard du droit européen, mais aussi au regard du droit national ?

Si tel est le cas, l'on peut d'abord se demander sur quel fondement une telle extension de compétence des juridictions de l'Union se justifie.

Certes, les juridictions de l'Union ont à appréhender quotidiennement le droit national dans le cadre des missions qui leur sont confiées. Mais de là à exercer un contrôle juridictionnel direct sur les actes nationaux, fussent-ils préparatoires d'une décision européenne, n'y a-t-il pas un pas ?

L'on ne saurait, à cet égard, passer sous silence ce que la Cour avance pour s'en justifier. C'est sur la base de la disposition qui confie le contrôle pour excès de pouvoir des actes européens couplée au principe de coopération loyale entre l'Union et les États membres qu'il se justifierait que « les actes pris par les autorités nationales dans le cadre d'une procédure telle que celle [en cause en l'espèce] ne sauraient être soumis au contrôle des juridictions des États membres »⁴⁰.

Mais cette coopération loyale n'aurait-elle pas aussi pu servir à justifier que, dans le cadre d'un processus décisionnel hybride, chaque juge – national et européen – vérifie la part émergeant prioritairement à l'ordre juridictionnel dont il a la garde ?

L'on est d'autant plus circonspect devant l'argumentation qu'ainsi qu'on l'a observé, la solution inverse du « tout au juge national » n'est, si l'on comprend bien, pas reconnue dans l'hypothèse d'un processus décisionnel dans lequel la marge d'appréciation de l'Union est entièrement « liée » à l'acte préparatoire national⁴¹.

24. Plus encore, les juridictions européennes, à qui le pouvoir de contrôler les actes nationaux n'a pas été conféré, sont-ils équipés pour contrôler – aussi finement que ne l'est le juge national – des actes nationaux au regard du droit national ?

L'on peut évidemment penser que les juridictions européennes sont, en soi, très qualifiées et très bien équipées.

Mais tout le système juridique de l'Union est aussi fondé sur le fait que les autorités nationales sont les premières à assurer le respect du droit de l'Union, notamment le juge national, que ce dernier soit – ou non – bien équipé.

Dans cette perspective, serait-il excessif de penser que si, vraiment, le contrôle juridictionnel effectif implique qu'un juge concentre le contrôle de la régularité de l'ensemble

⁴⁰ CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi et al./Banca d'Italia et al.*, aff. C-219/17, EU:C:2018:1023, par. 47.

⁴¹ Cf. *supra* : n° 20.

du processus décisionnel conduisant l'Union à prendre l'acte décisoire et décisif, ce juge – en l'occurrence, celui de l'Union – ait, au minimum, à poser des questions préjudicielles au juge national à propos du droit national, comme le juge national est tenu de poser des questions préjudicielles au juge européen à propos du droit de l'Union ?

Conclusion

25. Le dialogue et la paix sont d'immenses vertus dont le droit de l'Union est assurément empreint.

Les droits nationaux sont autant d'interlocuteurs naturels du droit de l'Union et, bien souvent aussi, ses partenaires.

Tel est notamment le cas lorsque l'Union établit des processus décisionnels qui s'entament dans le droit national, pour aboutir dans l'ordre européen.

La coopération qui se noue ainsi est le fruit d'un équilibre réaliste, dans lequel le projet commun ne peut effectivement aboutir que grâce au concours des États et de leurs moyens d'action.

Si le droit national ne peut, désormais, plus se penser sans le droit de l'Union, le droit de l'Union n'a, pour sa part, jamais pu se penser sans les droits nationaux.

26. La problématique que la présente contribution a évoquée est bien loin d'être la seule dans laquelle les imbrications sont fortes entre les ordres juridiques en cause et combien sont difficiles les solutions à élaborer pour que chacun trouve une juste place dans la coopération loyale que les États membres doivent à l'Union... et réciproquement.

Au rayon du dialogue, de la paix et des coopérations loyales – dont le professeur Etienne POLTIER s'est toujours fait l'artisan –, le dessein est sans cesse à adapter.

Avec et sans arrêt(s).

L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?

Sommaire

	Page
Introduction	399
I. L'égalité salariale entre femmes et hommes sous l'égide de la Constitution fédérale du 29 mai 1874	400
A. La femme dans le monde du travail au début du XXème siècle	400
B. L'évolution de l'égalité salariale en Suisse	401
1. Avant 1971	401
2. La modification de la Constitution de 1874	402
3. Les travaux menant à l'adoption de la LEg	403
4. Les constats de l'application jurisprudentielle de la LEg	405
II. La situation de l'égalité salariale sur la scène internationale	406
A. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail	406
B. La situation en Europe	408
1. L'inégalité salariale dans l'Union européenne	408
2. Quelques solutions européennes à la discrimination salariale	409
III. La modification de la LEg du 14 décembre 2018	411
A. Les chiffres de la Suisse	411
B. Les travaux du Conseil fédéral	412
C. Les débats parlementaires	413
Conclusion	415
Bibliographie	416

Introduction

Thème bien ancré dans les préoccupations de ce début du vingt-et-unième siècle, l'égalité salariale a occupé les parlements de maints États européens¹ récemment ; en

* Chargée de cours à l'Université de Lausanne.

¹ Tel est en particulier le cas de l'Allemagne et de l'Islande.

Suisse, il figure au programme de la législature 2015-2019 et le Conseil fédéral a répété à répétition reprises qu'il fallait traiter le problème. La présente étude tend à retracer le parcours, manifestement semé d'embûches de l'égalité salariale pour s'imposer dans les textes légaux de droit interne.

I. L'égalité salariale entre femmes et hommes sous l'égide de la Constitution fédérale du 29 mai 1874

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'égalité salariale n'est pas une préoccupation qui a émergé au tout début du vingtième siècle. La classe ouvrière née de la révolution industrielle se caractérisait par une extrême précarité, avec cette conséquence que tous les membres de la famille devaient travailler pour assurer leur subsistance ; ce n'est dès lors pas un hasard si des lois ont dû être promulguées pour interdire le travail des trop jeunes enfants et limiter leur activité quotidienne autorisée, autour des années 1850. Les femmes travaillaient à cette époque-là mais, alors déjà, les hommes gagnaient plus². Quoi qu'il en soit, la représentation de la femme qui reste à la maison pour s'occuper de ses enfants alors que son mari travaille relève de l'histoire récente seulement.

A. La femme dans le monde du travail au début du XXème siècle

A la fin du XIX^e siècle comme au début du XX^e, la femme n'est pas l'égal de l'homme sur le plan constitutionnel. En effet, l'article 4 aCst. stipulait une égalité entre hommes et non entre êtres humains, les femmes n'étant en particulier pas considérées comme capables d'agir dans de nombreux domaines³. Cette incapacité partielle des femmes et le traitement inégal des sexes qui en résulte, nullement dénué de tout fondement intrinsèque selon le TF⁴, a probablement eu des répercussions dans la législation, notamment au travers de la Loi sur les fabriques de 1877 qui restreint le pouvoir des employeurs au détriment des travailleurs et des travailleuses, protégeant en particulier les femmes et les enfants. Diverses limitations ont été promulguées pour garantir aux femmes le temps de

² Il y aurait lieu de mettre ici en évidence une discrimination à la promotion, les femmes étant cantonnées dans les activités simples et répétitives.

³ Ainsi dans l'arrêt Emilie KEMPIN, le Tribunal fédéral a relevé que l'interprétation de la recourante, qui paraît vouloir inférer de l'article 4 que la Constitution fédérale garantit l'égalité absolue des sexes tant au point de vue du droit public qu'à celui du droit privé, constitue une interprétation aussi nouvelle que hardie, qui ne saurait être adoptée (Arrêt du TF du 29 janvier 1887, RO 13 p. 16).

⁴ Arrêt KEMPIN précité.

s'occuper de leur foyer, par exemple un allègement de la journée de travail du samedi ; quelque louables qu'elles apparaissent, ces initiatives se sont avérées fortement pénalisantes pour les femmes, sur le plan financier en particulier⁵.

Elles témoignaient quoi qu'il en soit d'une considération peu élevée pour les femmes dans le monde professionnel ; ainsi, lorsque la jeune Marie Vöglin⁶ entre à l'Université de Zurich, cette admission suscitera une vague d'indignation : les femmes étaient alors jugées trop faibles physiquement pour ce type d'études.

L'égalité professionnelle, étape importante vers l'égalité salariale, nécessitera donc elle aussi du temps ; ainsi, il faudra attendre 1925 et l'arrêt Roeder pour prendre le contre-pied de l'affaire Kempin et accepter qu'une femme puisse avoir accès à la profession d'avocat. Le TF a eu l'occasion de mentionner que *« [P]ar suite des transformations d'ordre économique et social qui se sont produites au cours des dernières décades, les femmes ont été obligées d'étendre leur activité à des domaines qui autrefois paraissaient réservés aux hommes et elles y sont mieux que par le passé préparées par leur éducation et leur instruction qui tendent à se rapprocher de celles que reçoivent les hommes. La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée. Seuls des préjugés et des conceptions surannées motivant ainsi l'exclusion des femmes qui résulte de la loi fribourgeoise, elle apparaît comme une restriction inadmissible [...] »*⁷

B. L'évolution de l'égalité salariale en Suisse

1. Avant 1971

Si l'article 4 aCst. n'englobait initialement pas les Suissesses, ce n'était pas la seule disposition de la Constitution fédérale à les exclure. En effet, l'article 74 relatif au droit de vote ne conférerait cette prérogative qu'aux seuls hommes. Diverses tentatives de conférer aux femmes les droits politiques n'ont pas amené le succès escompté et même la votation constitutionnelle du 1^{er} février 1959⁸ ne permettra pas d'inscrire les femmes au nombre des électrices.

⁵ Le Conseil fédéral le reconnaît d'ailleurs dans son Message de 1979 (FF 1980 I 73, 78) en ces termes : *« les dispositions qui protègent la femme dans le droit du travail, si elles la ménagent particulièrement, affaiblissent sa position sur le marché de l'emploi ».*

⁶ Marie Heim-Vöglin, née le 7 octobre 1845 à Bözen et décédée le 7 novembre 1916 à Zurich, sera la première femme médecin suisse. Elle devra toutefois aller se spécialiser en Allemagne.

⁷ Arrêt du 24 février 1932, ATF 49 I 14.

⁸ FF 1959 I 374.

Dépourvues des droits civiques, et dès lors absentes des organes dirigeants de l'État, qu'il s'agisse du législatif ou de l'exécutif, les femmes n'ont pu se prononcer sur la ratification des textes internationaux conclus à l'issue de la seconde guerre mondiale sous l'égide de l'Organisation internationale du travail, en particulier sur les conventions n^{os} 100 et 111 de l'OIT.

Il faudra attendre le 7 février 1971 pour que les Suissesses obtiennent le droit de vote au plan fédéral. Ce jour marque un premier pas vers l'égalité des sexes.

2. La modification de la Constitution de 1874

A compter du moment où elles ont eu la possibilité d'entrer en politique, les femmes se sont fait entendre.

Elles sont ainsi à l'origine de l'initiative populaire « pour l'égalité de droits entre femmes et hommes », déposée le 15 décembre 1976, qui exige en particulier un salaire égal pour un travail de nature égale. Cette initiative, qui a connu un succès rapide, visait à compléter la constitution par un article 4^{bis} dont la teneur était la suivante⁹ :

Art. 4^{bis}

¹ *L'homme et la femme sont égaux en droits.*

² *L'homme et la femme ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans la famille.*

³ *L'homme et la femme ont droit à une rémunération égale pour un travail égal ou de valeur égale.*

⁴ *L'égalité des chances et de traitement est assurée à l'homme et à la femme en matière d'éducation et de formation professionnelle, ainsi que pour l'accès à l'emploi et à l'exercice de la profession.*

Disposition transitoire

La loi instituera dans les cinq ans dès l'entrée en vigueur de l'article 4bis les mesures propres à en assurer l'exécution tant dans les relations entre citoyens et l'État que dans les relations entre particuliers.

Tout en reconnaissant la nécessité de prévoir expressément dans la Constitution fédérale le principe de l'égalité des sexes et en jugeant bien-fondées les prétentions des initiants en tant qu'elles prônaient l'égalité dans la famille, le travail et la formation, le Conseil fédéral a considéré que la disposition transitoire était difficilement réalisable, impliquant ainsi le danger d'une inefficacité partielle¹⁰.

Il lui a donc préféré le texte d'un contre-projet, repris de l'article 9 alinéa 3 du projet des experts qui s'étaient penchés à l'époque sur la révision totale de la Constitution fédérale, texte dont la teneur est la suivante¹¹ :

⁹ FF 1980 I 76.

¹⁰ FF 1980 I 73.

¹¹ FF 1980 I 122.

Art. 4, 2^e al.

² *L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égale pour un travail de valeur égale.*

Soumettre cette disposition au constituant relève d'un changement de paradigme important de la part des autorités ; le Message du Conseil fédéral en lien avec l'initiative montre combien la Suisse est à la traîne par rapport aux États européens, notamment dans le passage suivant : « *Il est clair que la Suisse n'atteint pas le niveau du standard du droit international, tel qu'il se dégage des nombreux accords, déclarations, recommandations et résolutions des organisations universelles et européennes. (...), une décision de principe au niveau constitutionnel consacrant l'égalité entre les sexes ne constitue en aucun cas une modernisation inutile de la constitution.* »¹²

Aux Chambres, il n'y aura pas d'opposition de principe sur l'entrée en matière¹³ et, au vu des problèmes potentiels que susciterait l'adoption de l'initiative, le contre-projet prend vite le pas. Malgré une participation d'un tiers seulement du constituant, la nouvelle disposition a facilement passé la rampe, avec 60.3 % des suffrages ainsi que 14 cantons et 3 demi-cantons. L'égalité salariale était en marche, très timidement.

3. Les travaux menant à l'adoption de la LEG

Constatant deux ans plus tard que le principe d'égalité des salaires n'existait pour ainsi dire que sur papier, la parlementaire vaudoise Yvette Jaggi a déposé, le 12 décembre 1983 un postulat « *Egalité des salaires. Application du principe* » et ses suites¹⁴.

¹² FF 1980 I 113. Le Conseil fédéral a constaté que de nombreux États européens avaient alors déjà inscrits l'égalité des droits des hommes et des femmes dans leur Constitution (Allemagne, Autriche, Italie, France, Suède notamment), et la respectaient également en raison de leur soumission à un droit international, formé notamment des Conventions 100 ou 111 de l'OIT, de la CEDH, de l'art. 119 du Traité de Rome et de la Directive n° 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

¹³ BO (CN) 1980 649, 677, 1277 et (CE) 1980 545, 594

¹⁴ BO (CN) 1985 1809 ss, Postulat 83.962 : « *Le Conseil fédéral est prié de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires versés aux hommes et aux femmes pour un travail de valeur égale. À cette fin, le législateur devrait notamment préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant qualité pour agir ainsi que les responsabilités pour l'administration des preuves. En clarifiant les différents points, la loi permettrait de réaliser le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit depuis le 14 juin 1981 dans la constitution, et dont l'application se heurte manifestement à de graves difficultés, particulièrement en raison des lacunes précitées.* »

Accepté, il a conduit à la mise sur pied, le 12 juin 1986, du groupe de travail pour l'égalité salariale hommes/femmes, dont les rapports ont été remis en octobre 1988 et présentés largement par le département de justice et police le 8 novembre 1988. Compte tenu des constatations auxquelles était parvenu le groupe de travail, ses réflexions ont fait l'objet d'une vaste procédure de consultation, dont les résultats positifs ont convaincu le gouvernement de concrétiser les travaux du groupe d'experts. C'est ainsi qu'un avant-projet centré sur la problématique de l'égalité salariale a été élaboré, avec quatre axes principaux : l'interdiction générale des discriminations directes et indirectes, la simplification de la procédure permettant de faire valoir la discrimination salariale, des mesures d'encouragement et un renforcement des compétences du Bureau fédéral de l'égalité. Deux variantes ont été mises en consultation : l'élaboration d'une législation spécifique ou l'adaptation des lois existantes en matière fédérale (CO, Lfonc) ; semblables dans leur contenu, elles différaient essentiellement dans leur portée et l'idée d'une réglementation uniforme l'a rapidement emporté.

Le 24 février 1993, le Conseil fédéral présentera un projet de loi accompagné d'un message¹⁵ très bien documenté sur l'état de l'inégalité salariale alors existante. Il expliquait notamment que la disparité salariale corrigée en fonction du taux d'activité et du travail réellement effectué par les femmes était de l'ordre de 14 %, en relevant qu'il n'était *« pas certain que les femmes sans activité lucrative mais avec un potentiel salarial de haut niveau en raison d'une bonne formation trouvent effectivement du travail à ces conditions. Il est en outre douteux que les femmes choisissent en toute liberté de se tenir à l'écart du marché du travail [...] Un niveau de formation des femmes aussi élevé que celui des hommes ne garantit pas un revenu égal. Si l'on considère la situation de l'emploi des nouveaux diplômés universitaires en 1989, on constate que la différence de revenu entre hommes et femmes titulaires d'un premier diplôme est de 5000 francs par an entre diplômés célibataires et de 8000 francs par an entre diplômés mariés. »*¹⁶

Fortement inspiré des résultats de la consultation sur l'avant-projet, le texte soumis aux Chambres étendait le champ d'application de toutes les mesures à l'ensemble des litiges relatifs à l'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi¹⁷. L'exécutif en a profité pour inscrire dans la loi proposée l'interdiction du harcèlement sexuel au lieu de travail, disposition qui fera couler beaucoup d'encre au Parlement. Enfin, le projet s'inscrivait très nettement dans la nécessité de l'eurocompatibilité¹⁸ et le souci de pouvoir ratifier plusieurs conventions internationales, en particulier la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1989 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des

¹⁵ FF 1993 I 1163 ss.

¹⁶ FF 1993 I 1168.

¹⁷ On rappelle qu'initialement, seule l'égalité salariale était visée par le postulat Jaggi.

¹⁸ Cet objectif a été rappelé par le Conseiller fédéral Arnold Koller, BO (CE) 1994, p. 815.

femmes¹⁹. Au Conseil National, prioritaire dans l'examen du projet de loi, l'entrée en matière sera vivement débattue²⁰. On relèvera 70 propositions de modifications pour 18 articles²¹.

La loi sera votée le 24 mars 1995 et aucun référendum n'entravera son entrée en vigueur, fixée au 1^{er} juillet 1996. Un grand pas paraît alors franchi.

4. Les constats de l'application jurisprudentielle de la LEg

Une première étude relative à l'efficacité de la LEg a été commandée par l'Office fédéral de la Justice en 2003 pour faire suite à une motion parlementaire²²; elle a fait l'objet d'un rapport de synthèse de la communauté de travail mandatée²³, puis d'un rapport du Conseil fédéral en 2006²⁴.

Dans les constats faits par les consultants, on relève en particulier, au chapitre de l'égalité salariale, que les jugements concernant la LEg ont eu des conséquences pour quantités de personnes surtout dans le secteur public et tout particulièrement en ce qui concerne les professions typiquement féminines de la santé et de l'enseignement. L'étude montre que les différentes personnes interrogées, tant du côté des travailleurs que des employeurs, n'ont pas vu d'évolution positive dans la mise en œuvre de l'égalité entre femmes et hommes²⁵. Les consultants pointent du doigt le manque de transparence au niveau des salaires, avec cette conséquence que les procédures judiciaires en sont considérablement allongées.

De son côté, le Conseil fédéral relève à l'attention du parlement qu'entre 1996 et le printemps 2004, 269 décisions ont été prononcées par les tribunaux, qu'ils soient civils ou de droit public et concernent 176 cas dont plusieurs sont passés par différents niveaux d'instance. Si la grande majorité (59 %) des discriminations invoquées relevaient de l'inégalité salariale, en particulier dans le secteur public qui recense plus de la moitié des cas de saisine des tribunaux pour faire appliquer la LEg, il est frappant de constater qu'en Suisse romande, c'est le harcèlement sexuel dans l'économie privée qui a constitué le thème clé porté devant les tribunaux. Sans surprise, on constate qu'à nouveau les personnes discriminées attendent la fin des rapports de travail pour lancer une procédure, même au stade de la conciliation seulement. Les résultats montrent qu'il s'agit là sans

¹⁹ Ci-après CEDEF, RS 0.108.

²⁰ BO (CN) 1994, pp. 228, 247.

²¹ BO (CN) 1994, pp. 228, 247, 480, 495, 509 ; 1995 pp. 185, 761, 1008 ; BO (CE) 1994, pp. 808 ; 1995, pp. 317, 439.

²² Motion 02.3142 déposée par Vreni Hubmann et transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002.

²³ Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, Berne et Binningen, avril 2005, de la communauté de travail formée par le bureau BASS, le bureau a&o ainsi que l'avocate Elisabeth FREIVOGEL (ci-après Évaluation).

²⁴ Rapport du 15 février 2006, FF 2006 3061.

²⁵ Évaluation, p. 123.

doute d'une position sage des revendicateurs ou plutôt des revendicatrices : en égalité salariale, 11,5 % des décisions rendues par les tribunaux étaient entièrement favorables aux plaignantes, 46 % leur étaient partiellement favorables ; elles n'ont donc eu aucun succès dans 42,5 % des cas.

En se fondant sur les résultats de l'évaluation, le Conseil fédéral a conclu ne pas voir d'urgence à réviser la loi sur l'égalité, tout en relevant la nécessité de mieux informer et de sensibiliser l'économie de façon plus ciblée, et d'inviter les universités, avocats et tribunaux à promouvoir l'information ciblée et le perfectionnement en relation avec la loi sur l'égalité. Il s'est également déclaré prêt à examiner la mise en place d'un organe doté de compétences en matière d'investigation et d'intervention ainsi qu'un soutien aux entreprises par des incitations telles que l'introduction d'un système de certification ou d'un label égalité²⁶.

Une deuxième étude relative à l'impact de la LEg a analysé la jurisprudence cantonale entre 2004 et 2015²⁷. Il s'agissait de vérifier si la situation avait changé depuis 2006. Les conclusions ne diffèrent pas fondamentalement de celles du rapport de 2005 : en particulier, il est frappant de constater que les actions pour discrimination salariale échouent dans près de 70 % des cas. L'analyse relève que les différences de rémunération ne sont plus l'objet de la quasi-totalité des actions introduites, le grief de licenciement discriminatoire étant invoqué dans plus de 30 % des causes²⁸.

II. La situation de l'égalité salariale sur la scène internationale

A. Les Conventions de l'Organisation internationale du travail

L'idée de réglementer le travail sur le plan international n'avait pas attendu le premier grand conflit du XX^e siècle pour faire son chemin, mais elle s'est imposée à la faveur du traité de Paix de 1919, qui a institué l'Organisation internationale du Travail (ci-après

²⁶ FF 2006 3098.

²⁷ LEMPEN/VOLODER/BFEG, p. 27. Le 14 juin 2012 déjà, le Conseil national avait accepté un postulat 12.3443 de Martin Naef sur le droit à la protection contre la discrimination ; le Conseil fédéral avait alors chargé le Centre suisse de compétence pour les droits humains de réaliser l'étude de base, sur laquelle il s'est fondé pour proposer, dans son rapport du 25 mai 2016, d'examiner l'opportunité d'étendre notamment le droit d'action des organisations prévu par l'art. 7 LEg ; <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-25/ber-br-f.pdf>.

²⁸ LEMPEN/VOLODER/BFEG, p. 27

OIT)²⁹. L'objectif principal de l'organisation est de promouvoir la justice sociale ainsi que de faire respecter les droits de l'homme dans le monde du travail, au travers en particulier de l'élaboration de conventions internationales réglant différentes problématiques particulières.

Les questions salariales ont rapidement préoccupé l'OIT, dans la mesure où il fallait s'assurer que l'employeur n'abuse pas de sa position dominante notamment pour payer la rémunération autrement qu'en espèces ayant cours légal et sans utiliser à son profit une partie du gain de ses collaborateurs³⁰. À peu près à la même époque, probablement du fait que les femmes ont été souvent très actives pendant les guerres, la Conférence générale de l'organisation internationale du travail a adopté le 29 juin 1951 la convention sur l'égalité de rémunération, entrée en vigueur le 23 mai 1953. Cette convention, très succincte, postule que chaque État membre doit assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, soit par des moyens relevant de la législation nationale, un système de fixation de rémunération établi ou reconnu par la législation, des conventions collectives entre employeurs et travailleurs ou encore une combinaison de ces moyens.

Si le Conseil fédéral paraissait dans un premier temps prompt à faire ratifier le texte par les Chambres, c'est qu'il n'avait probablement pas pris la mesure de l'opposition qu'allait manifester le Parlement, fondée en particulier sur la nécessité de sauvegarder l'autonomie des entreprises, garantie par la constitution fédérale sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie, et de respecter la souveraineté cantonale et la répartition des compétences entre confédération et cantons. De manière très schématique, le principe de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale a paru trop difficile à mettre en œuvre dans les années 50, la question étant revenue en discussion à répétitions reprises sans trouver d'issue favorable à une ratification du texte international, la question des salaires étant toujours un sujet très délicat en Suisse.

En conséquence, la convention n° 100 n'a été ratifiée que près de 20 ans plus tard, le 25 avril 1972 ; elle est donc entrée en vigueur le 25 avril 1973 seulement³¹. À l'époque, le gouvernement avait relevé que la ratification ne donnerait lieu qu'à des corrections de salaires insignifiantes ; il n'avait que trop raison, alors même que les disparités salariales étaient alors supérieures à 30 %.

²⁹ Le traité de Versailles du 28 juin 1919 pose le fondement de l'OIT à ses articles 387 à 427 et lui assigne un fonctionnement d'emblée voulu tripartite.

³⁰ Convention (n° 95) sur la protection du salaire, de 1949, entrée en vigueur le 24 septembre 1952, mais non ratifiée par la Suisse.

³¹ RS 0.822.720.0.

Le sort de la convention n° 111 relative à l'interdiction de la discrimination dans l'emploi et la profession a été plus heureux et plus rapide. Adoptée le 25 juin 1958 et entrée en vigueur le 15 juin 1960 sur le plan international, la convention a fait l'objet de discussions aux Chambres en 1960 déjà. Même si son article 3 stipule que les membres doivent, par des méthodes adaptées, en particulier sous l'angle législatif, assurer l'application d'une politique d'égalité de chance et de traitement en matière d'emploi et de profession, le caractère antidiscriminatoire général de la convention a fait dire au Conseil fédéral qu'elle visait des objectifs d'ordre humanitaire qu'il approuvait ; il s'agissait principalement d'éliminer toute distinction, exclusion ou préférence fondée notamment sur le sexe, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances³² ou de traitement en matière d'emploi ou de profession³³.

Pour certaines organisations, la ratification de la Convention n° 111 a permis d'introduire l'égalité salariale dès le 13 juillet 1962, date de l'entrée en vigueur du texte international³⁴. On rappelle pourtant que cet accord, tout comme la Convention n° 100, est une norme programme qui nécessite la prise de mesures, législatives notamment, dans le droit interne des États liés, sans effets directs et horizontaux qui seraient directement justiciables. Il s'en suit que depuis longtemps avant l'introduction de l'article 4 alinéa 2 aCst., parlement et gouvernement se devaient d'introduire l'égalité salariale pour un travail de valeur semblable en Suisse. Or, la disposition constitutionnelle n'a été soumise au vote et d'ailleurs plébiscitée par le peuple et les cantons que le 14 juin 1981.

B. La situation en Europe

1. L'inégalité salariale dans l'Union européenne

En Europe, l'écart moyen de rémunération mesuré en comparant le revenu horaire brut moyen des femmes et celui des hommes, rapporté au salaire horaire brut moyen des hommes salariés, est encore légèrement supérieur à 16 %. La situation varie toutefois de manière importante, entre des extrêmes très égalitaires que paraissent être la Roumanie (différence de 3,5 %), le Luxembourg (5 %), l'Italie (5,3 % en 2016), la Belgique (6 %), la Pologne (7,2 %) et la Slovénie (8 %). À l'inverse les pays dans lesquels l'écart est le

³² Quand bien même cet élément n'a pas été relevé par le gouvernement dans son rapport, on constate l'avancée importante dans la lutte contre les discriminations que l'OIT cherche à imposer par l'égalité des chances, qui va largement au-delà de l'égalité de traitement en droit.

³³ Pour permettre une application plus uniforme de la convention, celle-ci a été complétée d'une Recommandation (n° 111) en matière d'emploi et de profession, qui contient diverses définitions et précise les mesures que les États parties devraient prendre pour éliminer les discriminations.

³⁴ Réponse de l'Union des Villes suisses, FF 1971 II 1554.

plus important sont l'Estonie (25,6 %), la République tchèque (21,1 %), l'Allemagne (21 %), le Royaume-Uni (20,8 %) et l'Autriche (19,9 %).

Cette moyenne³⁵, calculée à partir des salaires dans l'ensemble des secteurs économiques, doit cependant être interprétée avec précaution ; elle comprend également la partie explicable et expliquée de la différence, justifiée notamment sur la formation, les responsabilités et l'expérience. Que les États connaissent un salaire minimum mensuel brut fixé par les autorités ou que soient institués des salaires minimaux par branches, résultant par exemple de négociations avec les partenaires sociaux ne paraît pas encore déterminant, en termes de chiffres bruts, pour combattre les inégalités salariales.

Pourtant, l'Europe s'est assez rapidement dotée de bases juridiques permettant de combattre les inégalités salariales fondées sur le sexe. L'article 2 du Traité de Rome prône l'égalité des sexes et l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne l'égalité salariale. Dès 1975, une directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, sera émise sur le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; elle sera l'objet d'une refonte dans le texte actuellement en vigueur, la Directive 2006/54 CE du parlement européen et du conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail³⁶.

Le sujet préoccupe aussi la Commission, qui a élaboré un plan d'action de l'Union européenne 2017-2019 pour éliminer l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, mettant l'accent sur le mécanisme de formation des salaires, la transparence et les sanctions minimales pour punir les contrevenants au principe d'égalité des rémunérations.

2. Quelques solutions européennes à la discrimination salariale

Les chiffres relatifs à la discrimination salariale dans les États européens ne font pas réagir uniquement les autorités communes, mais préoccupent également à l'intérieur de chaque pays.

Les solutions préconisées – ou tout simplement adoptées – diffèrent considérablement et on ne peut dire, en 2019, que l'un ou l'autre doit avoir le pas. Il est toutefois certain que les États ont pris la peine de légiférer, ne laissant pas la porte ouverte à une issue pure-

³⁵ Chiffres de 2017, tirés de l'étude « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe ».

³⁶ C'est l'art. 4 de cette directive qui prévoit le principe du salaire égal pour un travail égal ou de valeur égale.

ment privée entre des partenaires sociaux, dont le poids est parfois pourtant beaucoup plus considérable qu'en Suisse.

Quoi qu'il en soit, on constate que bon nombre de législateurs ont pris exemple sur le Canada, dont certaines provinces ont institutionnalisé de longue date un contrôle de l'égalité salariale différencié selon la grandeur de l'entreprise. Ainsi au Québec, l'obligation de l'employeur de réaliser un exercice d'équité salariale dès que son entreprise compte dix salariés en moyenne annuelle, ses obligations variant selon que le nombre de collaborateurs se situe entre 10 et 49, 50 et 99, ou supérieur à 100. Lors de l'exercice, l'employeur doit notamment comparer les emplois féminins aux emplois masculins et en informer toutes les personnes salariées de son entreprise en procédant à un affichage des résultats. Il est ensuite tenu de réévaluer le maintien de l'équité salariale dans l'entreprise tous les 5 ans et procéder à l'affichage des résultats et, tous les ans, il produira la Déclaration en matière d'équité salariale en ligne³⁷.

On mentionnera ici à titre d'exemple le cas de la Belgique et celui de l'Allemagne.

Ainsi, la Belgique s'est dotée depuis 2007 d'une loi générale antidiscrimination³⁸, complétée par la loi du 12 avril 2012³⁹, qui prévoit en particulier la publication des écarts salariaux et leur intégration dans les bilans sociaux annuels, ainsi que l'analyse comparative de la structure de rémunération des travailleurs, tous les deux ans, dans les structures occupant plus de 50 collaborateurs. Si cette analyse fait apparaître des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, l'entreprise devra élaborer un plan d'action. Enfin, les femmes qui s'estiment victimes de discrimination peuvent s'adresser au médiateur de l'entreprise, qui établira s'il existe réellement un écart salarial et, le cas échéant, tentera de trouver un compromis avec l'employeur.

L'Allemagne a été longtemps très mauvais élève, malgré l'existence d'une loi relative à l'égalité de traitement générale⁴⁰. Les choses pourraient toutefois changer avec l'adoption, en juin 2017, de la loi sur la transparence des rémunérations⁴¹, entrée en vigueur le 6 juillet 2017 et qui prévoit qu'à compter du 6 janvier 2018, les employés ont un droit à obtenir des informations sur les niveaux de salaire dans l'entreprise. Pour la

³⁷ E-12.001 - Loi sur l'équité salariale de 1996, modifiée en dernier lieu en 2019 ; la province d'Ontario connaît une législation comparable, exposée par le Conseil fédéral dans son Message du 5 juillet 2017, FF 2017 5197-8.

³⁸ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, publiée au Moniteur Belge du 30 mai 2007, pp. 29031-2943.

³⁹ Loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes, publiée au Moniteur Belge du 22 août 2012, pp. 51020-51024, art. 4, 6 à 8 et 11.

⁴⁰ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, du 14 août 2006, publiée au *Bundesgesetzblatt* du 17 août 2006, pp. 1897-1919.

⁴¹ *Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz)*, du 30 juin 2017, publiée au *Bundesgesetzblatt* du 5 juillet 2017, pp. 2152-2158.

mise en œuvre du droit individuel⁴², la loi pose la condition d'un nombre de collaborateurs de 200 au moins, et l'exigence supplémentaire de trouver six postes de comparaison dans l'entreprise⁴³. Par ailleurs, la transparence est renforcée sur le plan collectif également notamment par la publication, dans les entreprises comptant ordinairement plus de 500 employés, en marge du rapport annuel, des mesures permettant de lutter contre la discrimination ou d'établir l'égalité des sexes⁴⁴. Enfin, la loi a prévu une obligation de contrôle périodique de l'égalité salariale pour les entreprises comptant plus de 500 collaborateurs, doublée de l'obligation de prendre des mesures si des discriminations sont constatées et de celle d'informer les collaborateurs dans tous les cas du résultat du contrôle⁴⁵.

III. La modification de la LEg du 14 décembre 2018

A. Les chiffres de la Suisse

En Suisse, l'inégalité salariale entre les sexes se montait, en 2016, à 18,3 %, soit un chiffre supérieur à la moyenne européenne. Dans notre pays, la situation des femmes dans le monde du travail diffère de celle des hommes entre autres par le taux d'occupation, mais aussi par la position occupée dans la profession, en particulier par une faible représentation dans les activités avec fonction dirigeante⁴⁶, alors qu'elles sont majoritaires dans les postes à bas salaire⁴⁷. Les dernières statistiques de l'Office fédéral de la statistique ne portent pas un message optimiste : la part inexplicée de la différence salariale a augmenté dans le secteur public entre 2014 et 2016, quand bien même les inégalités salariales entre femmes et hommes mesurées au niveau du pays sont stables. En bref, la discrimination salariale des femmes a augmenté dans certains secteurs, même si de grandes structures ont apporté des correctifs à leur système de rémunération notamment à la suite de mesures internes telles que la démarche de certification *equal salary*. L'une des explications plausibles tient à la part croissante des femmes sur le marché du travail, en particulier à un niveau élevé de compétences où elles se heurtent à ce qu'on appelle communément le plafond de verre. Quoi qu'il en soit, la part inexplic

42 §§ 10 à 16 de la loi.

43 § 12 de la loi.

44 §§ 21 et 22 de la loi.

45 §§ 17 à 20 de la loi.

46 Elles n'y sont représentées qu'à hauteur de 38 % contre 55 % des hommes.

47 Selon les chiffres de l'OFS de 2015, les postes de travail rémunérés à moins de 4000 francs par mois sont occupés par 63,4 % de femmes.

quée de l'inégalité salariale, secteurs privé et public confondus se monte, en 2016, à 44 %, soit une moyenne de 642 fr. par mois.

B. Les travaux du Conseil fédéral

Fondé sur les constats des différentes études relatives à l'impact effectif de la LEg dans le monde judiciaire et du travail, le gouvernement a dû constater que le maintien de la loi dans sa teneur votée en 1995 n'était guère concevable. En effet, la situation en Suisse ne correspondait toujours pas à l'obligation constitutionnelle introduite en 1981 et différentes instances externes, en particulier le comité CEDEF ne s'étaient pas fait faute de le rappeler⁴⁸. Dans son dernier rapport sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁴⁹, le Conseil fédéral relève qu'il a décidé, le 22 octobre 2014, de prendre de nouvelles mesures pour lutter contre la discrimination salariale en proposant d'obliger les employeurs à pratiquer régulièrement une analyse des salaires et à faire contrôler son exécution par des tiers, selon projet de loi à élaborer et mettre en consultation pour la mi-2015.

Datée du 12 octobre 2016, la synthèse des résultats de la procédure de consultation ne met en évidence aucune tendance de revenir sur le principe de l'égalité salariale, et même ceux qui s'opposent totalement au projet relèvent qu'ils soutiennent l'exigence constitutionnelle, mais sont convaincus que les employeurs assument leurs responsabilités, constat qui mène au refus de toute régulation au niveau étatique. Quoi qu'il en soit, sur cette question sensible, les résultats de la consultation sont fortement tranchés entre ceux qui estiment inappropriée toute intervention de l'État et ceux que le projet déçoit parce qu'il ne va pas assez loin. Prenant la mesure de tous ces mécontents, et pour éviter une déconfiture totale à la modification voulue par le Conseil fédéral, le texte qui sera finalement soumis aux Chambres sera épuré des propositions les plus controversées. Publiée dans la Feuille Fédérale du 22 août 2017, la modification était ainsi très mesurée ; elle ne reprenait, de l'avant-projet de 2016, que les dispositions qui avaient reçu un large soutien, tant professionnel qu'associatif et cantonal, en écartant en particulier toutes les propositions relatives à d'éventuelles sanctions.

⁴⁸ Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de décembre 2014, p. 2.

⁴⁹ Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de décembre 2014, p. 43.

C. Les débats parlementaires

Dans les années 90, l'adoption de la loi sur l'égalité avait occupé le parlement de manière inversement proportionnelle à sa longueur. Il en ira de même en 2018, lorsque les Chambres se sont penchées sur le projet de révision partielle du Conseil fédéral.

Compte tenu du caractère mesuré du projet publié, on aurait pu croire la partie gagnée d'avance, mais il n'en sera rien. Chambre prioritaire, le Conseil des États a vu sa commission lui proposer l'entrée en matière à 7 voix seulement contre 6 : le thème était donc sensible et complexe, comme en témoignent les 18 interventions parlementaires qui ont précédé l'acceptation de cette entrée en matière⁵⁰.

Il est frappant de constater que les arguments évoqués de part et d'autres sont pratiquement les mêmes que trente-cinq ans auparavant : à ceux qui rappellent le principe constitutionnel et le caractère inacceptable des écarts salariaux non objectivables, les opposants aux modifications rétorquent qu'on ne saurait faire une loi pour une minorité de personnes discriminées et opposent tant la liberté individuelle que la conscience des employeurs de leurs responsabilités et les risques économiques de leur imposer une contrainte administrative supplémentaire.

A peine le principe voté, le 28 février 2018, le projet a d'ailleurs été renvoyé en commission, pour examiner notamment s'il ne fallait pas revenir à un système de volontariat et d'autodéclaration⁵¹, ce d'autant que le projet de 2017 ne concernait, selon les termes de l'article 13d alinéa 1 que les employeurs soumis au Code des obligations et paraissait dès lors exclure de tout contrôle le secteur public, dans lequel les différences de salaire entre les sexes avaient quelque peu augmenté au cours de années précédentes.

La commission a dès lors revu le projet d'amendement, en particulier sous l'angle de l'autodétermination, hypothèse qu'elle a écartée. Pour répondre aux critiques adressée le 28 février, elle a expressément prévu que le secteur public devrait également procéder à une vérification de l'analyse de l'égalité des salaires, l'obligation étant étendue à tous les employeurs d'une certaine taille.

Le Conseil des États a donc repris son travail le 29 mai 2018, en relevant à l'attention des parlementaires que la loi devait être vue aussi comme un outil posant des critères identiques à disposition des entreprises permettant de savoir si elles respectent l'égalité salariale. La majorité de la commission a proposé, dans l'idée de tenir compte des réticences manifestées, de revoir la copie du Conseil fédéral sous l'angle du nombre minimum d'emplois à compter duquel l'analyse des salaires devrait être effectuée : la propo-

⁵⁰ BO (CE) 2018, 28 février 2018, pp. 53-65.

⁵¹ Proposition Graber Konrad, BO (CE) 2018, 28 février 2018, p.65 ; BO (CE) 2018, 29 mai 2018, p. 287.

sition initiale de 50, chiffre permettant de procéder à une analyse de régression et qui correspond au seuil fixé dans la loi sur la participation⁵² pour imposer une représentation des travailleurs, paraissait pourtant cohérente. Elle tenait compte du tissu économique de la Suisse, composé en majorité de PME, et concernait certes une majorité des travailleurs⁵³ mais seulement 2 % des entreprises. Ce sera désormais, pour la Chambre des cantons, un nombre minimal de 100 travailleurs que l'entreprise devra compter pour être soumise à une obligation de contrôle de l'égalité salariale.

S'il y a lieu de se féliciter que la proposition de la minorité de la commission relative à l'introduction d'un système de déclaration autonome sur le respect de l'égalité des salaires n'ait pas été retenu dans ce domaine, on ne saurait passer sous silence une des dispositions de ce projet, qui aurait pu être ajoutée au paquet proposé par la majorité et qui tendait à permettre à 10 % des travailleurs d'exiger la vérification du respect de l'égalité salariale par un tiers⁵⁴: cette mesure aurait complété utilement le dispositif voté, du fait qu'il dispense de toute nouvelle analyse l'entreprise qui a passé avec succès un contrôle d'égalité salariale.

Saisi le 24 septembre 2018 du texte adopté par la chambre des cantons, le Conseil national avait dans ses rangs des détracteurs jugeant que les progrès réalisés sur le thème de l'égalité rendaient inutile la modification législative et des partisans relevant le caractère raisonnable d'un projet faisant la part belle à la responsabilité et à l'indépendance des entreprises. Le vote d'entrée en matière sera serré, le nombre de collaborateurs nécessaires pour être soumis au contrôle fera l'objet de propositions diverses et les propositions de minorités seront nombreuses et parfois peu pertinentes, en particulier celle consistant à prévoir dans le cadre de la modification de la LEg le relèvement de l'âge de la retraite pour les femmes⁵⁵. Le projet de la Chambre du peuple se distinguera finalement de celui du Conseil des États sur deux points ayant trait au champ d'application : il ne s'agirait de contrôler l'égalité salariale que pour les entreprises ayant au moins 100 collaborateurs à temps plein et les apprentis ne devraient quoi qu'il en soit pas être comptés. La Chambre des cantons a admis cette deuxième modification mais s'en est tenue à la nécessité de parler de travailleurs et non de collaborateurs à plein temps. Le Conseil National s'est finalement rallié à cette version⁵⁶.

⁵² Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation), du 17 décembre 1993, RS 822.14.

⁵³ 54 % des travailleurs auraient été concernés.

⁵⁴ Art. 13j al. 1, BO (CE) 2018 p. 305.

⁵⁵ BO (CN) 2018 p. 1583.

⁵⁶ Les arguments de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga et ses interventions empreintes de bon sens n'y sont pas étrangers.

En tout état de cause, il ne s'agit que d'une loi « provisoire » dans la mesure où sa validité est limitée à 12 ans. Votée par les deux conseils le 14 décembre 2018, et publiée dans la Feuille fédérale du 28 décembre 2018, la loi n'a pas déchaîné de commentaires passionnés dans le public ; le délai référendaire se terminait le 8 avril 2019 et n'as pas été mis à profit pour obtenir la signature d'un referendum ; il faut dire qu'il serait mal vu de s'opposer ouvertement à l'égalité salariale.

La mise en vigueur de la modification est attendue pour 2020 ou 2021 : l'avancée n'est pas considérable et il faut du temps pour la mettre en œuvre.

Conclusion

Les travaux parlementaires et la procédure de consultation sur l'avant-projet montrent que les mentalités relatives à l'égalité homme-femme, notamment sur le plan salarial, ont peu évoluées en 35 ans. Les partisans de la liberté individuelle s'opposent toujours à l'intervention de l'État, considérant que les entreprises doivent pouvoir décider qui elles engagent et à quelles conditions.

Or, les entreprises qui ont fait réaliser des études sont souvent étonnées d'apprendre qu'elles discriminent lorsque le résultat des évaluations leur est communiqué ; alors qu'elles étaient persuadées de réaliser pleinement l'égalité salariale dans les rangs des collaborateurs, il apparaît qu'elles n'étaient pas sensibilisées aux différents biais dont la conséquence est de créer des discriminations. Il ne suffit donc pas que les entreprises soient de bonne foi et persuadées de faire au mieux : il faut encore pouvoir s'assurer qu'objectivement les salaires correspondent à l'obligation constitutionnelle d'égalité de l'art. 8 al. 3. En effet, l'intention ou la volonté de discriminer n'est pas un élément capital dans l'égalité entre les sexes, particulièrement en matière de rémunération ; aucun employeur n'oserait d'ailleurs prétendre, sous nos latitudes, qu'il discrimine sciemment et volontairement selon le genre.

Il serait faux de croire que l'égalité salariale forcée a pour effet de se priver de collaborateurs exceptionnellement qualifiés pour des postes où toutes leurs compétences ne sont pas requises : cela signifierait que les employés ne sont retenus que par des salaires extrêmement intéressants. En 2019, les collaborateurs travaillent non seulement par nécessité financière, mais également par intérêt : ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les plus jeunes réduisent leur temps de travail à 80 % dans de nombreuses situations. Imposer l'égalité salariale devrait permettre à chacun, homme et femme, de bénéficier de tels aménagements au profit d'une meilleure conciliation de la vie privée et professionnelle.

C'est la raison pour laquelle l'intervention du législateur était et reste nécessaire, afin de réaliser le mandat que le peuple et les cantons ont voulu inscrire déjà en 1981 dans la loi fondamentale.

Les déçus de la modification législative relèvent qu'elle laisse une large marge de manœuvre aux entreprises. Les opposants craignent le surplus de travail administratif et les embûches liées au contrôle de l'égalité salariale. L'employeur précautionneux qui n'a pas encore fait réaliser une analyse de la situation dans son entreprise devrait dès à présent redéfinir les fonctions des personnes qu'il engage ou a embauchées, attribuer des fourchettes de salaire objectives aux dites fonctions, en tenant compte, en particulier, des forces connues de ses collaborateurs, tels les diplômés et l'expérience, et en mesurant les contraintes liées à l'activité ainsi que les responsabilités attachées à chaque poste⁵⁷. L'existence d'échelles salariales fondées sur des motifs non discriminatoires lui sera d'une aide notable et lui permettra ensuite de résister à des négociations salariales qui ne sont pas toujours en sa faveur.

On ne répétera jamais assez que l'égalité salariale garantit une concurrence saine entre les entreprises et permet d'éviter de faire porter à l'entier de la collectivité les lacunes générées par des rémunérations insuffisantes en matière d'assurances sociales, en particulier sous l'angle de l'AVS et de la prévoyance professionnelle. L'égalité salariale permettrait en particulier de redoter les caisses de l'AVS et d'éviter le versement de prestations complémentaires à des femmes à la retraite ayant toujours eu de bas salaires : l'État qui paie ces prestations est clairement habilité à légiférer de manière peu contraignante pour éviter la multiplication de ces situations.

Il est préférable que la Suisse prenne des mesures adaptées aux habitudes et aux besoins des entreprises plutôt que de se faire imposer notamment par des organisations telle l'OIT de mieux respecter les engagements internationaux signés de longue date. À défaut, le Tribunal fédéral pourrait, comme il l'a fait dans l'arrêt du 6 septembre 2017⁵⁸, ouvrir la porte aux conventions de l'OIT et leur donner une portée directe en droit suisse.

Bibliographie

BUREAU BASS / BUREAU A&O / FREIVOGEL Elisabeth, Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, Berne et Binningen, avril 2005, consulté le 18 mai 2019 sur le site internet du bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (Cité : *Évaluation*).

⁵⁷ Les échelles salariales peuvent se fonder sur les critères de différentes méthodes : GFO, Abakaba, méthode simplifiée des fonctions ou tout autre système objectif, neutre sous l'angle du genre.

⁵⁸ TF, 2C_499/2015.

- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Plan d'action de l'Union européenne 2017-2019 : Éliminer l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, Bruxelles, le 20 novembre 2017.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002 du 15 février 2006, FF 2006 3061.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale sur le résultat de la votation populaire du 1^{er} février 1959 concernant l'institution du suffrage féminin en matière fédérale du 28 février 1959, FF 1959 I 374.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'initiative populaire « Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » du 14 novembre 1979, FF 1980 I 73.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) du 5 juillet 2017, FF 2017 I 5169.
- TOUTE L'EUROPE, « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe », <https://www.touteurope.eu/actualite/les-inegalites-salariales-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-europe.html> (consulté le 27 mai 2019).
- FREIVOGEL Elisabeth, Art. 3 GIG, in : Kaufmann/Steiger-Sackmann (édit), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd. Bâle 2009, pp. 48-113.
- LEMPEN Karine, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, pp. 135-157.
- LEMPEN Karine / BINDER Andrea, Umsetzung von Art. 11 in der Schweiz, in : Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, pp. 799-844.
- LEMPEN Karine / VOLODER Aner / BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES (BFEG), Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre hommes et femmes (2004-2015), https://www.unige.ch/droit/files/7215/0169/2406/analyse-LEg_2017-lempen.pdf (consulté le 25 mai 2019).
- MARTI WHITEBREAD Claudio, Égalité salariale entre femmes et hommes : état des lieux, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, pp. 223-237.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Histoire de l'OIT, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--fr/index.htm>, et Normes du travail, www.ilo.org/global/standards/lang--fr/index.htm, (consulté le 17 mars 2019).
- RAPPORT CEDEF, Quatrième et cinquième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de

décembre 2014, <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/conventions-onu/femme/rapport-2014/>, (consulté le 25 mai 2019).

TOUTE L'EUROPE, « Les inégalités salariales entre les femmes et les hommes en Europe », <https://www.touteurope.eu/actualite/les-inegalites-salariales-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-europe.html> (consulté le 27 mai 2019).

Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile

L'assistance judiciaire est une institution difficile à classer : outre son aspect de liberté fondamentale, qui la rattache aux garanties de procédure découlant dans la Constitution fédérale de son art. 29 et dans la Convention européenne des droits de l'homme de son art. 6¹, elle constitue selon de nombreux auteurs un des plus anciennement admis des droits sociaux pouvant obliger l'État à une prestation positive², avec encore cette particularité que l'obligation pour les avocats d'assumer des défenses d'office à des conditions tarifaires inférieures à celles applicables à un mandat de choix reporte en partie cette prestation à la charge de certains particuliers³. Par ailleurs, l'assistance judiciaire entraîne des effets spécifiques au type de procédure dans laquelle elle est sollicitée, ce qui justifie que sa mise en application soit dans le détail généralement réglée par la procédure en question. Enfin, cette institution, en prévoyant des exonérations de certains émoluments, touche aussi à une problématique liée au droit des taxes et contributions publiques.

Lorsqu'elle a été accordée, l'assistance judiciaire peut être suivie d'une procédure ultérieure en recouvrement des montants alloués notamment pour rémunérer un conseil d'office, voire pour couvrir divers frais judiciaires, y compris ceux dont le bénéficiaire

* Professeur à l'Université de Lausanne.

¹ Pour un aperçu synthétique sur le droit à l'assistance judiciaire comme garantie de procédure, cf. AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, 3^e éd., Berne 2013, II N 1571 ss ; KIENER Regina / KÄLIN Walter / WYTTEBACH Judith, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018, § 41. Ce droit ne fait pas l'objet d'une règle expresse dans la CEDH, mais la jurisprudence le déduit dans certains cas du droit à un procès équitable ou du droit d'accès aux tribunaux selon son art. 6, voir en dernier lieu Kaiser c/ Suisse, requête 35294/11, arrêt du 9 janvier 2018.

² Cf. notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, N 152 et 1571 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, *op. cit.* § 41 N 87 et les réf. citées par WUFFLI Daniel, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich 2015, pp. 7 ss, lui-même sceptique face à une telle qualification.

³ Cf. notamment BOHNET François / MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1757 et les réf. citées.

avait été exonéré⁴. Malgré le terme traditionnel d'assistance judiciaire gratuite, qui figure notamment en français dans le texte actuel de l'art. 29 al. 3 Cst⁵, il est en effet admis que les prestations accordées à ce titre ne soient parfois que des dispenses temporaires ou des avances, conditionnellement susceptibles de donner naissance à une créance de l'État en remboursement contre le bénéficiaire si sa situation financière le permet⁶. À certaines conditions, des versements peuvent même être réclamés au bénéficiaire dès le moment où l'assistance judiciaire est octroyée, en particulier sous forme d'une obligation de paiements échelonnés dans le temps lorsque la situation financière dudit bénéficiaire permet d'attendre de lui de telles mensualités alors qu'elle ne lui permettrait pas de verser en une fois les avances de frais judiciaires prévues par le tarif ordinaire ni les provisions que selon la jurisprudence doit, et non seulement peut en principe demander un mandataire de choix⁷.

Pour l'assistance judiciaire en matière civile devant les juridictions cantonales, seule examinée ici, ce remboursement est aujourd'hui prévu par l'art. 123 CPC. Il est susceptible de soulever de nombreuses difficultés, qu'il s'agisse de son champ d'application⁸, de son étendue⁹, de sa transposition éventuelle à l'avocat ayant dû se contenter d'une

⁴ Cf. notamment AUBRY GIRARDIN Florence *et al.*, *Commentaire de la LTF* (ci-après ComLTF), 2^e éd., Berne 2014, CORBOZ Bernard, N 80 ad art. 64 LTF ; Code de Procédure civile, Commentaire romand (ci-après CR CPC), 2^e éd. 2019, TAPPY Denis N 9 ad art. 123 CPC ; WUFFLI Daniel / FUHRER David, *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Zurich 2019, N 1051.

⁵ En revanche dans les lois fédérales récentes comme la LTF ou le CPC, le texte français ne parle plus que d'« assistance judiciaire » sans mention d'une éventuelle gratuité, qui continue toutefois à être en principe postulée par la terminologie allemande (*unentgeltliche Rechtspflege*) et italienne (*gratuito patrocinio*) des mêmes textes légaux.

⁶ Sur l'admissibilité d'un tel remboursement du point de vue constitutionnel, cf. notamment ATF 135 I 91, rés. JdT 2010 IV 40 et les réf. citées.

⁷ On sait que, selon la jurisprudence sur la rémunération des avocats, les provisions usuellement réclamées au début d'un mandat pour couvrir les honoraires à venir servent aussi à faire prendre conscience au client du montant probable de ceux-ci et que ne pas demander de provision ou en demander une insuffisante peut être considéré comme une faute justifiant une réduction desdits honoraires, cf. notamment JdT 2006 III 38 ; BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2996.

⁸ L'art. 123 CPC n'est en principe pas applicable devant le TF, où le remboursement est normalement prévu par l'art. 64 al. 4 LTF (avec toutefois des voix en faveur d'une application par analogie du délai de prescription de l'art. 123 al. 2 CPC, cf. ComLTF-CORBOZ, N 80 ad art. 64 LTF) ni devant le Tribunal fédéral des brevets, où il l'est par l'art. 34 al. 2, 2^e phrase, LTFB. Dans certains cas en revanche il s'applique à titre de droit cantonal supplétif, en vertu d'un renvoi du droit fédéral (en particulier selon l'art. 450f CC) ou du droit cantonal (par. ex. dans le canton de Vaud en vertu de l'art. 104 CDPJ ou de l'actuel art. 18 al. 5 LPA-VD).

⁹ Le terme légal de remboursement (*Nachzahlung, rifusione*) ne doit probablement pas être compris de manière étroite, raison pour laquelle il est généralement admis que l'État peut réclamer au bénéficiaire dont la situation financière le permet désormais non seulement les montants qu'il a effectivement versés à des tiers (conseil d'office, témoins, experts...), mais aussi les émoluments dont ledit bénéficiaire a été exonéré selon l'art. 118 al. 1 let. b CPC, cf. note 4 ci-dessus.

rémunération au tarif réduit prévu pour les conseils d'office¹⁰, ou encore de sa prescription¹¹. Dans cette petite étude, nous nous bornerons toutefois à examiner les mécanismes procéduraux applicables dans notre canton à cette obligation de rembourser et à son éventuelle exécution forcée, en lien avec une récente modification du droit vaudois. Pour cela, il convient de commencer par un bref exposé sur l'évolution des sources législatives en la matière depuis le début du XXI^e siècle.

Jusqu'à son unification en Suisse par le CPC du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, la mise en œuvre de la procédure civile, y compris l'assistance judiciaire devant les juridictions civiles, relevait du droit cantonal, à charge pour celui-ci de respecter les exigences constitutionnelles résultant notamment de l'art. 29 al. 3 Cst précité. La législation fédérale ne réglait la question que pour les recours au TF¹². Pour ceux-ci il s'agissait et s'agit d'ailleurs toujours de règles générales valant pour toutes les sortes de recours quelle que soit la matière concernée. En revanche, la plupart des cantons avaient choisi de régler la matière dans leurs diverses lois de procédure spécifiques, en prévoyant pour les procès civils devant les juridictions cantonales des règles sur l'assistance judiciaire dans leur code de procédure civile dont l'application était généralement confiée au juge du fond¹³. Quelques-uns cependant, dont le canton de Vaud, avaient édicté une réglementation plus générale, soit dans une loi sur l'organisation judiciaire¹⁴, soit pour notre canton par une loi spéciale, la loi vaudoise sur l'assistance judiciaire en matière civile (ci-après LAJ) du 24 novembre 1981¹⁵. Malgré son nom, cette dernière s'appliquait aussi à l'assistance judiciaire accordée à une partie civile dans le cadre d'un

¹⁰ Cf. notamment CR CPC-TAPPY, N 10 ad art. 122 CPC ; WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1058.

¹¹ L'art. 123 al. 2 CPC soumet le remboursement à une prescription décennale, qui suscite des discussions concernant son champ d'application (cf. note 8 ci-dessus) et surtout sa computation : alors qu'un arrêt (TF 2C_529/2016 du 22 juillet 2016, cons. 2) déclare applicables les suspensions de l'art. 145 CPC, ce qui aboutit à ajouter près de 2 ans aux 10 ans prévus par cette disposition, la doctrine estime en général que, même s'il résulte d'une disposition du CPC le délai de l'art. 123 al. 2 CPC n'est pas un délai de procédure soumis aux art. 142 ss CPC, cf. CR CPC-TAPPY, N 22 ad art. 142 CPC ; WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1047.

¹² Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la LTF du 17 juin 2005, la question y est régie par l'art. 64 de cette loi, inchangé à ce jour et qui pose des règles applicables à tous les recours devant le TF, quelle que soit la matière concernée. Jusqu'en 2006, elle faisait l'objet de l'art. 152 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, également pour tous les recours prévus par cette dernière (mais non pour les pourvois en cassation pénaux, pour lesquels la question était réglée par l'art. 36 de la loi fédérale du 15 juin 1934 de procédure pénale).

¹³ Cf. FAVRE Christian, *L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse*, thèse Lausanne 1989, p. 72.

¹⁴ Cf. FAVRE, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ ROLV 1981 pp. 296 ss pour le texte initial de cette loi, à laquelle des modifications ont été ensuite apportées à différentes reprises jusqu'à l'abrogation au 31 décembre 2010 dont il sera question ci-après, sans que ces adaptations touchent les questions qui nous intéressent.

procès pénal¹⁶, ainsi que par renvoi¹⁷ à l'assistance judiciaire en procédure administrative.

Lors de l'unification de la procédure civile, le législateur fédéral a fait le choix de régler aux art. 117 ss CPC les conditions, effets et limites de l'octroi de l'assistance judiciaire dans les procès civils de première et deuxième instance cantonale ainsi que la possibilité pour le canton d'en exiger le remboursement. La procédure à suivre pour obtenir une telle assistance a aussi été réglementée aux art. 119 ss CPC. La mention du « tribunal » (*das Gericht, il giudice*) à l'art. 119 al. 3 CPC implique que la décision sur une requête d'assistance judiciaire doit relever d'une instance judiciaire, avec un for implicitement fixé au lieu où se déroule le procès¹⁸. Pour le surplus en revanche, comme question d'organisation judiciaire, le choix de l'autorité compétente pour statuer en la matière est laissé conformément aux art. 122 al. 3 Cst et 4 al 1^{er} CPC au droit cantonal¹⁹. Certains passages des travaux préparatoires et l'art. 47 al. 2 let. a CPC montrent toutefois que le législateur fédéral s'attendait à ce que soit le plus souvent désigné le juge chargé du fond, ou au moins un membre de cette autorité si elle est collective, ce qui correspond effectivement au choix généralement effectué par les cantons²⁰.

Ce qui précède vaut aussi, au moins par analogie, pour un éventuel retrait de l'assistance judiciaire accordée, hypothèse à ne pas confondre avec celle d'un remboursement ultérieur²¹. En revanche pour la mise en œuvre d'un tel remboursement éventuel, dont le principe est posé, on l'a dit, par l'art. 123 CPC, le législateur fédéral n'a prévu aucune règle, ni quant à la procédure à suivre, ni quant à l'autorité compétente²². L'une et l'autre

¹⁶ Art. 11 LAJ. Des règles spéciales sur la défense d'office des prévenus dans la procédure pénale figuraient en revanche aux art. 105 ss du Code de procédure pénale cantonal du 12 septembre 1967.

¹⁷ Cf. BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 1^e édition, Berne 2000, pp. 235 s. (art. 40 de la loi vaudoise du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives, prévoyant quelques principes et renvoyant pour le surplus à la LAJ, système qui sera aussi brièvement celui consacré par l'art. 18 LPA-VD (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010) avant les réformes liées aux unifications des procédures civile et pénale évoquées ci-après).

¹⁸ CR CPC-TAPPY N 12 ad art. 119.

¹⁹ TF 5A_710/2016 du 2 mars 2017, c. 4.2.

²⁰ Cf. notamment CR CPC-TAPPY N 12 ad art. 119. WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 878 publie un tableau indiquant notamment la source législative et l'autorité compétente canton par canton.

²¹ Le retrait vise en effet selon l'art. 120 CPC le cas où l'on s'aperçoit, généralement en cours de procès, que les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire ne sont plus remplies ou ne l'ont jamais été, ce qui peut n'avoir rien à voir avec la capacité financière du bénéficiaire, mais résulter par exemple d'éléments nouveaux ou initialement inconnus concernant ses chances de succès, CR CPC-TAPPY N 4 ad art. 120 CPC. L'effet peut cependant être proche d'une demande de remboursement si le retrait est dû à une amélioration de la situation financière de l'intéressé ou à des renseignements nouveaux sur ladite situation.

²² Il n'en va en pratique pas différemment selon l'art. 64 al. 4 LTF, qui se contente de prévoir que « si la partie peut rembourser ultérieurement la caisse [du TF], elle est tenue de le faire », sans que cette

ont en conséquence été laissées au droit cantonal²³. Tout au plus certains auteurs admettent-ils une application supplétive des art. 119 ss CPC ou des règles cantonales concernant l'autorité compétente pour l'octroi ou le retrait de l'assistance judiciaire²⁴.

Dans le canton de Vaud, la LAJ de 1981, dont la réglementation matérielle était en bonne partie remplacée par les règles des art. 117 ss CPC²⁵, a été abrogée au 1^{er} janvier 2011²⁶. Les règles sur l'autorité compétente pour statuer en matière d'assistance judiciaire civile ont été insérées dans le Code de droit privé judiciaire²⁷ du 12 janvier 2010, qui contient à la fois des règles cantonales complémentaires au droit privé fédéral et au CPC. Le législateur vaudois a choisi de désigner comme autorité compétente pour l'octroi et le retrait de l'assistance judiciaire le juge saisi du fond, ou avant la litispendance le juge qui serait compétent au fond (art. 39 al. 1^{er} et 2 CDPJ). Il a toutefois précisé qu'il s'agirait d'un juge délégué lorsque ce juge du fond est une autorité collégiale (art. 42 al. 2 let. c CDPJ). Il a aussi spécifié qu'en cas de refus de l'assistance judiciaire justifié par l'absence de chances de succès, le juge en question ne pourrait plus statuer au fond (art. 39 al. 3 CDPJ), et serait donc remplacé par un collègue du même tribunal.

disposition ni d'ailleurs le Règlement du TF ou d'autres dispositions d'application ne précisent la procédure à suivre pour un tel remboursement, qui semble en pratique n'être habituellement pas demandé, cf. ComLTF-CORBOZ, N 77 ad art. 64 LTF. Devant le Tribunal fédéral des brevets, une règle prévoyant également que la partie qui a bénéficié de l'assistance judiciaire la rembourse lorsqu'elle est en mesure de le faire figure à l'art. 34 al. 2, dernière phrase, LTFB.

²³ C'est évident s'agissant de l'autorité compétente, question pour laquelle l'habilitation cantonale à désigner celle-ci résulte par principe des art. 122 al. 3 Cst. et 4 CPC, sans qu'alors il n'y ait de règle fédérale spéciale (contrairement à ce qui résulte des art. 119 et 120 CPC pour l'octroi et le retrait de l'assistance judiciaire) imposant le choix d'une autorité judiciaire plutôt qu'administrative. Pour la procédure proprement dite de remboursement, la liberté des cantons de la réglementer résulte en revanche seulement de l'absence de règle en la matière dans le CPC. Il s'agit à notre avis d'une lacune proprement dite du droit fédéral, autorisant les cantons à exercer une compétence législative résiduelle, cf. notamment TAPPY Denis, Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale : à la recherche d'un nouvel équilibre, *RSJ* 2019, p. 340, cela même dans l'hypothèse où ils choisiraient de désigner une autorité judiciaire civile et non administrative.

²⁴ Cf. WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1073.

²⁵ Ou pour les parties civiles en procédure pénale par les règles du CPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 également.

²⁶ En conséquence, la réglementation en la matière de l'art. 18 LPA-VD a été adaptée : la compétence du Bureau de l'assistance judiciaire pour octroyer celle-ci en cas de recours au TC a été remplacée par un système confiant désormais dans ce cas la décision au TC lui-même (al. 4), et les « dispositions régissant l'assistance judiciaire en matière civile » (soit selon nous aussi bien les art. 117 ss CPC que les dispositions cantonales en la matière), ont été déclarées applicables par analogie à la place des règles de la LAJ.

²⁷ RSV 211.02, ci-après CDPJ.

Le même législateur vaudois n'a en revanche rien prévu en 2010, expressément en tout cas²⁸, s'agissant de la procédure et de l'autorité compétente au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire. Il s'est borné à confier la tâche de fixer « les modalités de la rémunération des conseils et de remboursement dans un règlement » au Tribunal cantonal (art. 39 al. 5 CDPJ). En pratique toutefois, si ce dernier a bien édicté sur la base de cette délégation un Règlement sur l'assistance judiciaire civile du 7 décembre 2010²⁹, il n'a pas prévu de règles détaillées sur la mise en œuvre du remboursement : son art. 5 se borne en effet à prévoir à cet égard de manière laconique, voire sibylline, que « le paiement des indemnités et leur remboursement sont gérés par le Service juridique et législatif » (ci-après SJL).

Or dans notre canton ce remboursement ne reste nullement lettre morte comme il semble l'être devant le TF³⁰. Il faut dire que la question y est d'une importance bien supérieure : toutes matières confondues, l'assistance judiciaire engendre pour le canton des coûts ou des pertes d'émoluments totalisant plusieurs dizaines de millions de francs par année, dont sans doute une bonne moitié pour l'assistance judiciaire en matière civile. Et pour celle-ci largement plus de la moitié des montants concernés sont finalement recouverts par des procédures en remboursement. Cette situation existait déjà avant l'unification des procédures civile et pénale et la politique vaudoise en la matière a été de perpétuer cet état de choses³¹ malgré l'unification précitée, dont la mise en œuvre devait engendrer le moins possible de charges supplémentaires pour les finances de l'État.

Avant 2011, les décisions octroyant l'assistance judiciaire sur la base de la loi de 1981 demandaient à la plupart des bénéficiaires de rembourser, en général par des mensualités, l'assistance judiciaire allouée. La possibilité en était expressément prévue par l'art. 9 al. 2 LAJ qui précisait que « l'octroi ou le maintien de l'assistance judiciaire peut être subordonné au paiement d'une contribution mensuelle aux frais du procès et pour la durée du procès ». Sur la base de cette disposition, la pratique de l'autorité compétente, soit l'ancien Bureau de l'assistance judiciaire, était de demander presque systématiquement, dans la décision accordant l'assistance judiciaire, le versement d'une « franchise » mensuelle à verser dès cet octroi et fixée selon la situation financière de l'intéressé, mais

²⁸ La pratique judiciaire n'a jamais considéré, à juste titre selon nous, que le législateur vaudois aurait implicitement voulu que s'appliquent au remboursement de l'assistance judiciaire les règles de compétence et de procédure applicables au retrait de celle-ci, comme certains auteurs le préconisent en cas de silence du droit cantonal, cf. note 24 ci-dessus.

²⁹ RSV 211.02.3, ci-après RAJ. À l'heure où nous rédigeons ces lignes, la teneur de l'art. 5 RAJ est restée inchangée, alors que le TC n'est plus compétent pour édicter des règles sur le remboursement de l'assistance judiciaire.

³⁰ Cf. note 22 ci-dessus.

³¹ Sur l'état d'esprit ayant présidé à l'adaptation des règles du droit vaudois en matière d'assistance judiciaire aux nouvelles procédures unifiées, cf. JdT 2011 III 92 cons. 2 b.

sauf exception d'au minimum 50 fr. par mois³². En même temps, l'art. 9 al. 2 LAJ fournissait une base légale pour exiger le remboursement immédiat de tout le solde en cas d'interruption de tels versements mensuels, puisque formellement une condition à laquelle l'assistance judiciaire octroyée avait été subordonnée n'était dès lors plus respectée.

Les autorités vaudoises ont souhaité maintenir ce système dans le cadre de la procédure civile, en conservant ordinairement un système de paiements périodiques sous forme d'une franchise mensualisée. Dans un arrêt de principe de 2011 déjà cité, le TC a reconnu sa compatibilité avec la possibilité d'un octroi partiel de l'assistance judiciaire selon l'art. 118 al. 2 CPC³³. L'idée de telles franchises dans le cadre de cette disposition était effectivement envisagée par le Message du Conseil fédéral relatif au CPC unifié³⁴. Le SJL a développé une pratique consistant à faire souscrire au bénéficiaire, après lui avoir demandé des renseignements sur sa situation financière et généralement sous la forme d'un courrier à contresigner pour accord, un « plan de paiement » prévoyant des versements mensuels. Il y insérait une clause déclarant remboursable immédiatement et en une fois le solde de l'assistance judiciaire accordée en cas de retard dans les mensualités. Sur cette base, ledit service entamait contre les signataires qui ne respectaient pas l'échéancier précité des poursuites, pour le total du montant restant, et sollicitait en cas d'opposition la mainlevée provisoire de celle-ci, en invoquant le plan de paiement comme une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP.

Cette manière de faire pouvait déboucher sur des situations insatisfaisantes, voire contraire au droit fédéral. Contrairement à l'ancien art. 9 al. 2 LAJ, le CPC ne prévoit pas expressément la possibilité de conditionner l'octroi de l'assistance judiciaire à un paiement régulier de mensualités ni n'érige un retard dans un tel paiement en cause automatique de retrait de ladite assistance selon l'art. 120 CPC. Cela peut éventuellement être admissible, on l'a vu, comme modalité d'un octroi seulement partiel de l'assistance judiciaire. Il faut cependant alors sur ce point en tout cas une décision émanant du juge compétent selon le droit cantonal pour statuer sur l'assistance judiciaire ou son retrait, non un simple accord avec l'intéressé³⁵ ni une décision d'une autorité administrative. Par ailleurs, voir dans de tels versements mensualisés une modalité d'un octroi seulement

³² Cf. JdT 2011 III 92 cons. 2 c.

³³ Cf. notes 31 et 32 ci-dessus.

³⁴ FF 2006 p. 6913.

³⁵ Le considérant 2 c de l'arrêt JdT 2011 III 92 déjà cité considère expressément que le fait que l'intéressé se soit déclaré d'accord avec des paiements de 50 fr. par mois ne suffit pas à fonder une créance correspondante de l'État s'il apparaît par ailleurs que sa situation financière est obérée et qu'il n'a pas des ressources suffisantes pour s'acquitter d'une telle franchise, ce qui nous paraît conforme à la nature publique, voire fiscale au sens très large de cette créance, difficilement compatible avec la faculté d'en disposer librement par transaction.

partiel de l'assistance judiciaire revient au fond à exiger en cours de procès des paiements anticipés soit d'une partie des frais judiciaires finaux, soit d'une part de l'indemnité qui sera versée à un conseil d'office. Dans le premier cas au moins et si le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est demandeur, cela pourrait être considéré comme une forme particulière d'avance de frais au sens de l'art. 98 CPC. La sanction d'un retard ne devrait-elle pas alors être l'irrecevabilité de la demande selon l'art. 101 al. 3 CPC, solution qui n'a jamais été envisagée à notre connaissance ? Et justifier par un octroi partiel de l'assistance judiciaire que soient demandés immédiatement au bénéficiaire des montants destinés à couvrir une rétribution d'un conseil d'office que l'État ne versera audit conseil que des mois ou des années plus tard³⁶ nécessite pour le moins une grande souplesse intellectuelle...

Par ailleurs, voir dans des versements mensuels une modalité d'un octroi partiel de l'assistance judiciaire ne permet plus guère non plus de les légitimer une fois la procédure close : à ce moment en effet le juge, et non l'autorité administrative, établit les décomptes prévus par l'art. 122 CPC. Il doit fixer définitivement les frais qui sont couverts par l'assistance judiciaire et, dans l'hypothèse d'un octroi seulement partiel, les frais non couverts par celle-ci et mis le cas échéant à la charge du bénéficiaire. L'art. 123 CPC prend en quelque sorte le relais et permet au canton d'exiger le remboursement des premiers, mais seulement dès le moment ainsi que dans la mesure où ledit bénéficiaire est en mesure d'y procéder. Un remboursement sous forme de mensualités supportables pour l'intéressé permet précisément de tenir compte de cette exigence, mais doit être adapté à sa situation financière du moment, voire aux fluctuations ultérieures de celle-ci.

Un tel remboursement par mensualités pourrait probablement être prévu par le juge précité dans sa décision selon l'art. 122 CPC, mais seulement sur la base d'une appréciation de la situation financière de l'intéressé au moment de ladite décision. Il n'y a guère de place alors pour une règle prévoyant un remboursement devenant immédiatement

³⁶ L'affaire jugée par le TF le 7 août 2018 dont il sera question ci-après montre que des versements mensuels sont parfois demandés au bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans un cas où seule l'indemnité à verser finalement à un avocat d'office est couverte par celle-ci. C'est en particulier fréquemment le cas lorsqu'il s'agit d'une cause de droit du bail immobilier ou de mesures protectrices de l'union conjugale où il n'y a en principe dans le canton de Vaud pas d'émolument de justice ni par conséquence d'avance de frais. Il est difficilement imaginable de couvrir la future indemnité au conseil d'office par une application analogique de l'art. 98 CPC, qui ne vise expressément que les « frais judiciaires présumés », dont l'art. 95 al. 2 CPC donne une liste exhaustive ne comprenant pas ladite indemnité... De même lorsque l'assistance judiciaire est accordée à un défendeur, des versements qui lui seraient réclamés dès ce moment ne peuvent guère constituer qu'un remboursement anticipé selon l'art. 123 CPC, puisqu'une partie non indigente dans la même situation ne saurait, selon le droit fédéral, être astreinte au versement d'avances et que, sous réserve de frais d'administration des preuves, l'État ne lui réclamerait pas de frais judiciaires avant le décompte final, prévu en principe selon les art. 104 ss CPC dans la décision sur le fond.

exigible pour le tout en cas de retard. En effet, se contenter en principe alors d'un paiement par mensualités implique la reconnaissance implicite que la situation financière de l'intéressé ne lui permet pas de rembourser d'un coup. Sans indices d'une amélioration nouvelle de sa situation financière (que des retards dans les mensualités versées n'établissent en tout cas pas...), demander soudainement un paiement complet contrevenait selon nous au droit fédéral, malgré la clause en ce sens contresignée par l'intéressé, indépendamment du point de savoir si le remboursement de l'assistance judiciaire pouvait réellement être réglé par une convention entre l'État et le débiteur concerné en dehors de toute décision d'un juge ou d'une autorité administrative.

La pratique décrite ci-dessus a finalement été soumise au TF et n'a pas trouvé grâce devant celui-ci. Dans une première affaire³⁷, après une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale où elle avait bénéficié de l'assistance judiciaire, la recourante s'était vu réclamer par le SJL le remboursement des prestations accordées à ce titre, totalisant 7707 fr. 40. Elle avait contresigné successivement plusieurs lettres de ce service prévoyant des versements mensuels (d'abord de 100 fr. par mois, puis finalement de 25 fr. par mois) et précisant qu'en cas de retard de plus de 30 jours dans le paiement d'une échéance la totalité de la créance deviendrait immédiatement exigible. À la suite de tels retards, elle avait été poursuivie en paiement du solde de 5430 fr. et le juge de paix de son domicile avait prononcé la mainlevée provisoire de son opposition au commandement de payer. L'action en libération de dette qu'elle avait intentée devant le même juge de paix avait été rejetée, comme son recours consécutif selon les art. 319 ss CPC devant la Chambre des recours civils du TC.

Le recours en matière civile, subsidiairement recours constitutionnel, qu'elle avait intenté au TF a été traité comme un recours en matière de droit public³⁸ et partiellement admis : les juges de Mon-Repos ont déclaré l'action en libération de dette irrecevable, mais ont estimé que la mainlevée provisoire n'aurait pas dû être accordée et qu'elle ne devait pas permettre de continuer la poursuite contre la recourante. Dans des considérants détaillés, le TF a relevé que le remboursement de l'assistance judiciaire était une créance de

³⁷ TF 2C_350/2017 du 7 décembre 2017. Des extraits de cet arrêt sont publiés dans le JdT 2018 III 39.

³⁸ S'agissant d'un recours touchant au moins en partie à l'interprétation des règles du CPC sur l'assistance judiciaire et son remboursement, on aurait pu croire qu'il s'agissait d'une affaire civile connexe au droit civil selon l'art. 72 al. 2 let. b LTF, mais les juges de Mon-Repos s'en sont tenus en l'espèce à une jurisprudence publiée aux ATF 138 II 506 (refus en vertu de l'art. 89 LTF, et donc dans le cadre d'un recours en matière de droit public, de la légitimation pour recourir au canton des Grisons, qui entendait se plaindre que la juridiction cantonale de dernière instance ait appliqué l'art. 123 al. 2 CPC pour juger prescrite une prétention en remboursement née avant 2011). Ils n'ont pas considéré que le fait d'être dirigé contre une décision rejetant, fût-ce à tort, une action en libération de dette selon l'art. 83 al. 2 LP suffisait à rendre l'art. 72 al. 2 let. a LTF applicable, ce qui est conforme à la solution généralement admise qui ne soumet pas à cette disposition les litiges de pur droit matériel même liés à une poursuite, cf. ComLTF-CORBOZ, N 27 ad art. 72.

droit public, qu'elle devait normalement être fixée par une décision et non par un accord entre l'État et le débiteur, que les conditions exceptionnelles pour qu'une telle créance de droit public puisse faire l'objet d'une reconnaissance de dette sous seing privé ouvrant la voie à une mainlevée provisoire, puis une action judiciaire en libération de dette selon les art. 82 et 83 LP, n'existaient qu'en présence d'un cas où le droit public concerné prévoyait un système de contentieux public par voie d'action, et qu'en l'espèce rien ne permettait de penser qu'un tel système ait été prévu par le législateur vaudois.

Ce dernier point était contestable³⁹ : comme l'a relevé dans une note le professeur Denis PIOTET⁴⁰, le droit vaudois a en principe conservé, en édictant les art. 103 ss CDPJ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, le système historique faisant de l'action portée en principe devant les juridictions civiles en application du CPC fédéral à titre de droit cantonal supplétif⁴¹ le mode ordinaire de règlement judiciaire des litiges de droit public dans notre canton. Même s'ils sont en pratique beaucoup plus nombreux, les cas de contentieux par voie de recours portés devant la Cour de droit administratif et public (ci-après CDAP) sont des exceptions à cette règle générale, nécessitant qu'un tel système soit expressément prévu. Relevons toutefois que, si le TF avait sur cette base estimé que le droit vaudois en vigueur à l'époque, faute d'une telle disposition légale expresse⁴², mettait bien les décisions en matière de remboursement de l'assistance judiciaire civile dans la compétence du juge civil compétent *ratione valoris*, il n'aurait sans doute pas pour autant eu à rejeter le recours : en admettant comme recevable l'action en libération de dette, il aurait en effet dû alors se demander s'il était conforme au droit supérieur de l'avoir écartée sans examiner au fond si les conditions légales d'exigibilité du montant en poursuites étaient réunies⁴³, c'est-à-dire si la situation financière de la recourante la mettait alors en

³⁹ On aurait toutefois peut-être pu interpréter l'art. 5 RAJ chargeant, nous l'avons vu, le SJL de « gérer » le remboursement des indemnités d'assistance judiciaire comme lui donnant précisément la compétence de statuer par voie de décision. En l'absence de jurisprudence des autorités vaudoises en ce sens et s'agissant d'une question d'interprétation d'une disposition cantonale peu claire, le TF ne pouvait toutefois sans doute pas préciser lui-même en ce sens la portée de cette disposition (art. 95 LTF a contrario).

⁴⁰ JdT 2018 III 43.

⁴¹ Les art. 106 ss LPA VD prévoient bien des règles sur des actions devant une juridiction administrative, mais en pratique ils ne s'appliquent guère qu'à quelques contestations en matière d'assurances sociales devant la Cour des Assurances sociales du TC.

⁴² La solution du TF aurait cependant pu être in casu juste à condition d'interpréter le renvoi de l'art. 39 al. 5 CDPJ et l'art. 5 RAJ comme suffisants pour donner au SJL un pouvoir de statuer par voie de décision sur le remboursement de l'assistance judiciaire. S'agissant toutefois d'une question d'interprétation d'une norme peu claire de droit cantonal, les juridictions vaudoises n'étaient à notre avis en tout cas pas tombées dans l'arbitraire en estimant implicitement le contraire.

⁴³ Relevons que le TF aurait pu examiner cette question avec plein pouvoir d'examen, puisque c'était un problème de droit fédéral à trancher selon l'art. 123 CPC et que la recevabilité du recours en matière de droit public éliminait la question délicate d'une recevabilité du recours en matière civile,

mesure de rembourser en une fois ledit montant. Nous n'avons guère de doute que la réponse aurait été négative, de telle sorte que le résultat n'en aurait guère été modifié en pratique...

Quelques mois plus tard, le TF a une nouvelle fois eu l'occasion de se pencher sur la compatibilité avec l'art. 123 CPC des pratiques du SJL⁴⁴. Il s'agissait d'une affaire où l'assistance judiciaire, sous la forme du bénéfice d'un avocat d'office, avait été accordée à un justiciable par une décision d'une vice-présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois du 22 novembre 2016, qui avait en même temps mis à sa charge une « franchise mensuelle » de 100 fr. dès le 1^{er} janvier 2017. Peu après, le procès ayant apparemment pris fin, la même magistrate avait rendu une seconde décision fixant l'indemnité du conseil désigné à 2203 fr. 20 en précisant que le bénéficiaire était tenu au remboursement de cette indemnité « dans la mesure de l'art. 123 CPC ».

N'ayant encaissé que deux versements de 100 fr., l'État de Vaud avait introduit en mai 2017 une poursuite pour le solde de 2003 fr. 20, puis requis du juge de paix d'Aigle la mainlevée définitive de l'opposition faite par le poursuivi sur la base des deux décisions de la vice-présidente. Cette mainlevée ayant été refusée par ce juge, puis sur recours selon les art. 319 ss CPC par la Cour des poursuites et faillites du TC, l'État de Vaud avait alors saisi le TF, en intentant principalement un recours en matière civile et à défaut un recours constitutionnel subsidiaire. Les juges de Mon-Repos ont déclaré irrecevable le premier⁴⁵ et rejeté le second⁴⁶. Dans leurs considérants, ils ont mentionné la critique de

malgré une valeur litigieuse insuffisante, en raison d'une question juridique de principe (art. 74 al. 1^{er} et 2 let. a LTF).

⁴⁴ TF 5A_150/2018 du 7 août 2018. Des extraits de cet arrêt sont publiés dans la SJ 2019 I 43.

⁴⁵ La valeur litigieuse requise selon l'art. 74 al. 1^{er} LTF n'était évidemment pas atteinte et le TF a jugé qu'il n'y avait en l'espèce aucune question juridique de principe qui aurait pu justifier une dérogation selon l'art. 74 al. 2 let. a LTF. Relevons que s'agissant d'un recours contre une décision en matière de mainlevée et non, comme dans l'affaire précédente, d'une action en libération de dette, l'art. 72 al. 2 let. a LTF s'appliquait et justifiait que le recours en matière de droit public ne soit pas ouvert, bien qu'il se soit agi là aussi de la créance de droit public prévue par l'art. 123 CPC.

⁴⁶ Le TF n'a donc pas jugé l'État de Vaud non légitimé à recourir devant lui au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire, contrairement à ce qu'il avait fait pour le canton des Grisons dans l'arrêt ATF 138 II 506. Là aussi la différence s'explique probablement par le fait qu'il s'agissait d'une affaire de mainlevée, soumise en principe malgré la nature publique de la créance litigieuse à la règle de l'art. 72 al. 2 let. a LTF : même si le recours en matière civile était irrecevable faute de valeur litigieuse suffisante, le TF a suivi, dans le cadre de l'application de l'art. 115 LTF sur la qualité pour recourir, la pratique développée à propos de ce recours plutôt que du recours en matière de droit public. Or dans le cadre d'un recours en matière civile l'État poursuivant peut exercer comme n'importe quel créancier un recours au TF dans les affaires concernant les poursuites qu'il intente, car il est touché par ces décisions de la même manière qu'un particulier (cf. ComLTF-CORBOZ N 40 ad art. 76 LTF ; TF 5A_454/2012 du 22 août 2012 et 5D_13/2016 du 18 mai 2016 à propos de la légitimation pour in-

PIOTET au sujet de l'arrêt du 7 décembre 2017, mais n'ont pas jugé nécessaire de réexaminer la question. Ils ont en effet estimé que, de toute façon, l'art. 123 CPC, comme règle de droit supérieur, exigeait une décision statuant sur la réalisation des conditions requises selon cette disposition pour un remboursement, décision que le droit cantonal avait peut-être la liberté de confier à une juridiction civile plutôt qu'à une autorité administrative, mais qui ne pouvait en tout cas pas être laissée à l'appréciation du juge de la mainlevée⁴⁷.

Quoiqu'il en soit, la question n'est plus d'actualité, puisque le législateur vaudois a choisi d'adapter sa législation pour la rendre conforme aux arrêts précités. Déjà présentée comme en projet par le juge cantonal COLOMBINI⁴⁸, cette modification a finalement pris la forme d'une loi du 11 décembre 2018 modifiant le CDPJ en supprimant les mots « et de remboursement » à l'al. 5 de son art. 39 et en y introduisant un nouvel art. 39a ainsi qu'un nouvel art. 39b. Cette nouvelle, complétée par des adaptations parallèles des règles concernant l'assistance judiciaire en matière pénale (modifications de la loi vaudoise du 19 mai 2009 d'introduction du CPP), a été mise en vigueur au 1^{er} mars 2019⁴⁹.

Pour le sujet qui nous intéresse, les principales innovations consistent à préciser que le département en charge du recouvrement des créances judiciaires⁵⁰, après avoir versé la rémunération due au conseil juridique commis d'office ainsi que les frais judiciaires mis à la charge du canton (art. 39a al. 1^{er} CDPJ), procède au recouvrement de ces sommes auprès du bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans la mesure où celui-ci est en mesure de les rembourser (art. 39a al. 2 CDPJ). Il est désormais expressément précisé que ladite autorité détermine par voie de décision si et dans quelle mesure c'est le cas (art. 39a al. 3 CDPJ). Dans l'affirmative, elle peut simultanément prononcer la mainlevée de l'opposition à une éventuelle poursuite engagée à son encontre en recouvrement des

tenter un recours constitutionnel subsidiaire en matière de mainlevée de caisses publiques d'assurance).

⁴⁷ Le TF n'a donc pas jugé transposable la jurisprudence admettant parfois que le juge de l'exécution forcée ou de la mainlevée puisse avoir à déterminer, face à un jugement ou une transaction judiciaire prévoyant une condition, si cette dernière est remplie (voir en dernier lieu ATF 143 III 564 et ATF 144 III 193). Il faut dire qu'il ne se serait pas agi simplement de vérifier une condition de fait, mais de statuer sur la réalisation de conditions juridiques découlant d'une disposition légale.

⁴⁸ Cf. COLOMBINI Jean-Luc, Note sur les compétences pour statuer sur le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile et pénale en droit vaudois, JdT 2018 III 33. La révision législative en question a finalement été proposée au Grand Conseil, à côté de nombreuses autres modifications législatives de détail, dans le cadre de l'Exposé des motifs et projets de budgets des charges et revenus et des investissements de l'État de Vaud pour l'année 2019 (ci-après EMPB 2019) soumis au parlement vaudois en automne 2018.

⁴⁹ FAO n° 23 du 19 mars 2019 p. 6.

⁵⁰ L'exposé des motifs indique que cette compétence pourra être déléguée au SJL (EMPB 2019 n° 14.2.1, ad art. 39 CDPJ).

avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire (art. 39a al. 4 CDPJ). Enfin il est précisé que les décisions en la matière peuvent faire l'objet d'un recours au TC, soit en pratique à la CDAP, soumis à la loi vaudoise de procédure administrative (art. 39a al. 5 CDPJ).

La procédure est donc désormais clarifiée. Un remboursement de l'assistance judiciaire devra normalement être désormais imposé par une décision administrative⁵¹, comme celle que postulait l'arrêt du 7 décembre 2017, et c'est celle-ci qui déterminera si et dans quelle mesure celui qui a bénéficié de l'assistance judiciaire est en mesure de la rembourser. Nous déduisons du texte de l'art. 39a al. 1^{er} et 2 CDPJ⁵², que cette décision doit normalement intervenir après le paiement effectif des frais et indemnités en faveur d'un conseil d'office à la charge du canton. Cela n'exclut pas forcément que celui qui accorde l'assistance judiciaire puisse continuer à astreindre, dans le cadre de l'art. 118 al. 2 CPC et comme l'avait fait la vice-présidente du Tribunal dans la seconde affaire évoquée ci-dessus, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire à des versements mensuels dès le début du procès. Cela devrait cependant être dans ce cas une décision du juge et non de l'administration cantonale. Faute de disposition dans le CPC analogue à l'ancien art. 9 al. 2 LAJ, il nous paraît par ailleurs douteux que des retards dans ces paiements puissent alors justifier un retrait complet de l'assistance judiciaire accordée. En revanche, des poursuites portant exclusivement sur les seules mensualités restées impayées devraient être possibles.

Si l'on fait abstraction de poursuites exercées sans décision de remboursement préalable avant l'entrée en vigueur de la novelle du 11 décembre 2018, c'est peut-être à de telles poursuites que devrait servir la possibilité désormais prévue par l'art. 39a al. 4 CDPJ que le département prononce lui-même « dans la même décision »⁵³ la mainlevée définitive

⁵¹ Peut-être faut-il réserver le cas où la décision du juge civil statuant sur les frais et l'assistance judiciaire selon les art. 107 et 122 CPC dans le cadre d'un jugement final précise déjà qu'un remboursement est dû, comme l'envisageait COLOMBINI, *op. cit.*, p. 34, mais à condition que le montant à rembourser ne puisse dépendre d'une appréciation de la situation financière de l'intéressé, ce qui en pratique ne pourra guère être le cas que s'agissant d'un remboursement inconditionnel tenant compte d'éventuelles modifications pour le tout, comme il peut par exemple être imposé à celui à qui le jugement final en question alloue une très grosse somme.

⁵² « Le département [...] verse la rémunération due au conseil juridique commis d'office ainsi que les frais judiciaires mis à la charge du canton. Il procède ensuite au recouvrement de ces sommes auprès du bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans la mesure où celui-ci est en mesure de les rembourser ».

⁵³ A la lettre, cette formulation semble exclure une décision séparée du Département sur la seule mainlevée d'opposition. Ce n'est peut-être cependant pas ce qu'entendait le législateur et la jurisprudence aura sans doute à préciser si, dans le cas où le SJL intente une poursuite après une décision sur le remboursement et sur la base de cette décision, ce qui pourrait devenir la règle, une éventuelle mainlevée d'opposition devra être demandée au juge de paix selon l'art. 42b al. 1^{er} ch. 2 LVLP ou pourra néanmoins être prononcée par l'autorité administrative. Les explications du Conseil d'État selon les-

de l'opposition faite à un commandement de payer portant sur un remboursement de l'assistance judiciaire. Rappelons que, malgré des critiques doctrinales, la possibilité qu'une autorité administrative puisse prononcer la mainlevée définitive d'une créance qu'elle a elle-même fixée par décision est admise en droit positif suisse⁵⁴. Cela implique aussi l'admissibilité du système, prévu par l'art. 39a al. 5 CDPJ, soumettant le recours concernant une telle mainlevée à une juridiction administrative.

Selon ces nouvelles dispositions, une décision administrative, susceptible d'un recours de droit administratif selon la LPA-VD, devra donc intervenir au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire avant une procédure d'exécution forcée et c'est dans ce cadre qu'il sera examiné dans quelle mesure les conditions de l'art. 123 CPC sont remplies. Cela ne signifie pas que la pratique consistant à demander pour cela à l'intéressé des renseignements sur sa situation financière et à prévoir, sans décision formelle, un plan de paiement accepté par lui doit disparaître. Comme on l'a vu, les travaux préparatoires montrent en effet que l'intention du législateur vaudois est de conserver ce mode de faire dans les nombreux cas où ledit intéressé collabore avec l'autorité de recouvrement et paie effectivement des montants mensuels proportionnés à ses facultés⁵⁵. Une interruption ou des retards ne pourront cependant plus être considérés comme rendant sans autres vérifications le solde entièrement exigible : au contraire, il faudra alors qu'intervienne une décision au sens de l'art. 39a nouveau CDPJ tenant compte de la situation de l'intéressé au moment de ladite décision, soit basée sur des renseignements actualisés au sujet sa capacité financière.

quelles « une procédure de mainlevée menée devant le juge de paix n'aurait [...] guère de sens si ce n'est d'allonger inutilement la procédure » (EMPB 2019 n° 14.2), semblent plutôt conduire à la seconde solution.

⁵⁴ L'art. 79 LP permet en effet au créancier à la poursuite duquel il a été fait opposition « d'agir par la voie de la procédure civile ou administrative » et de requérir la continuation de la poursuite « en se fondant une décision exécutoire qui écarte expressément l'opposition ». Une jurisprudence constante a confirmé que cette décision écartant l'opposition pouvait aussi émaner d'une autorité administrative, ce que le législateur a d'ailleurs expressément admis lors d'une révision de l'art. 79 LP précité en 1997, cf. ATF 128 III 39 ; 130 III 524 ; 134 III 115 et les réf. citées.

⁵⁵ EMPB 2019 n° 14.2 : « la compétence donnée au département ne l'obligera pas à rendre systématiquement des décisions. La dette du bénéficiaire de l'assistance judiciaire est en effet préexistante à toute décision du département, qui ne se prononcera qu'en cas de nécessité sur l'exigibilité de ladite dette ; une entente avec le bénéficiaire de l'assistance judiciaire sur les modalités de remboursement (paiements échelonnés) comme elle est pratiquée aujourd'hui reste donc non seulement possible, mais devrait continuer à constituer la règle, comme c'est le cas aujourd'hui ». Curieusement, l'exposé des motifs ne semble pas envisager une décision imposant des paiements échelonnés, ce qui nous paraît cependant la seule solution conforme à l'art. 123 CPC face à un ancien bénéficiaire qui ne s'acquitterait pas spontanément de paiements échelonnés alors que sa situation financière permet d'en exiger de lui sans qu'elle soit suffisante pour qu'il puisse rembourser d'un coup toute l'assistance dont il a bénéficié.

En pratique, le SJL devrait donc alors recueillir à nouveau de tels renseignements essentiellement auprès de l'intéressé lui-même. *Quid* cependant si celui-ci ne les fournit pas ou mal ? La nouvelle de 2018 n'a pas prévu de norme de droit pénal cantonal, qu'on aurait pu songer à réintroduire⁵⁶. Il a en revanche instauré une règle imposant à l'ancien bénéficiaire de l'assistance judiciaire de collaborer à l'établissement de sa situation financière par le département (art. 39b al. 1^{er} CDPJ). À ce défaut, ce dernier sera en droit de présumer que les ressources de l'intéressé lui permettent de rembourser, sous-entendu en totalité, les avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire⁵⁷.

Est-ce un tour de passe-passe pour « faire du neuf avec du vieux » en conservant presque inchangée la pratique antérieure ? Pas sur le plan formel, puisque l'intéressé qui a pris du retard dans un remboursement par mensualités aura désormais l'occasion de démontrer que sa situation financière ne lui permet pas ou plus de faire davantage, et de recourir devant le juge administratif si cette argumentation n'est pas suivie. Déduire certains éléments défavorables à l'administré d'un manque de collaboration de sa part n'est d'ailleurs pas en soi quelque chose d'exorbitant des règles ordinaires de la procédure administrative.

Ériger une telle solution en présomption légale, qui plus est de droit cantonal alors qu'il s'agit de vérifier une exigence de capacité financière résultant d'une règle fédérale, peut paraître audacieux. Si l'on admet qu'il s'agit d'une règle touchant la procédure probatoire, régie dans le nouveau système par la LPA-VD, et que l'art. 39b al. 2 CDPJ ne pose quoiqu'il en soit sans doute qu'une présomption réfragable, dont l'autorité administrative devra s'écarter, même en faveur d'un justiciable non collaborant, si elle détient des éléments tendant à démontrer qu'en réalité sa situation financière ne permet pas le remboursement litigieux, une interprétation conforme au droit supérieur nous paraît néanmoins possible. Il resterait évidemment à se demander si, en érigeant le remboursement de l'assistance judiciaire quasiment en règle⁵⁸, les dispositions et la pratique vaudoise respectent bien l'esprit des art. 117 ss et 123 CPC. Un examen de cette question dépasserait de beaucoup les limites de cette petite étude. Il faudrait d'ailleurs aussi examiner alors si,

⁵⁶ L'ancien art. 12 LAJ permettait d'infliger une amende à celui qui avait donné sciemment au Bureau de l'assistance judiciaire de faux renseignements, ce qui valait sans doute aussi pour des renseignements intentionnellement incomplets.

⁵⁷ Art. 39b al. 2 CDPJ : « si en raison du défaut de collaboration du bénéficiaire de l'assistance judiciaire, le département ne peut établir sa situation financière, celle-ci est présumée lui permettre de rembourser les avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire ».

⁵⁸ La section consacrée à cette question de l'exposé des motifs commence par l'affirmation qu'« en matière civile et pénale l'assistance judiciaire n'est pas gratuite » (EMPB 2019 n° 14.1), ce qui est au moins osé s'agissant d'une institution que la Constitution fédérale actuelle qualifie précisément d'assistance judiciaire gratuite !

d'un autre côté, la pratique cantonale ne va pas au-delà des exigences minimales du droit fédéral quant à la gêne financière justifiant l'assistance judiciaire⁵⁹.

⁵⁹ Dans la pratique des autorités vaudoises, l'assistance judiciaire est souvent accordée à des justiciables dont les ressources dépassent largement le minimum vital, mais à qui leur budget et leurs liquidités ne permettent pas de sortir d'un coup les importants montants correspondant à des avances normales de frais selon l'art. 98 CPC et des provisions en faveur d'un avocat de choix. Dans ce genre de cas, on comprend bien la logique d'une assistance judiciaire en principe remboursable.

Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung

Inhalt	Seite
Problembeschrieb	436
I. Einschlägige Bestimmungen	436
A. Bürgerrechtsgesetzgebung	436
B. Ausländerrecht	437
C. Flüchtlingsrecht	440
II. Vorgaben für die Auslegung	441
III. Bestehende Auslegungsansätze	442
A. Die Definition im Verwaltungsrecht	443
B. Die Erläuterungen in den bundesrätlichen Botschaften	443
C. Die Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM)	444
D. Literatur und Rechtsprechung	444
IV. Werte der Bundesverfassung	444
A. Die Bundesverfassung als Grundlage	444
B. Begriffsbestimmung	445
1. Die Verfassung als Wertordnung	445
2. Zentrale Verfassungswerte	446
V. Respektierung der Verfassungswerte	448
A. Ausgangspunkt	448
B. Begriffsbestimmung	449
VI. Einzelne Tatbestände	452
A. Respektierung der demokratisch-liberalen Grundordnung	452
B. Respektierung der Grundrechte	454
C. Insbesondere Extremismus und Radikalismus	457
D. Respektierung von Grundpflichten	458
VII. Verfassungsrechtliche Schranken	460

* Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel für öffentliches Recht und öffentliches Prozessrecht, wissenschaftlicher Berater und Gerichtsschreiber an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts. Der Beitrag gibt nur die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Gedankt sei emProf. Dr. René Rhinow, Prof. Dr. Alberto Achermann und Prof. Dr. Christoph Errass für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Würdigung	462
Literatur	463

*Die Gedanken sind frei!*¹

Problembeschrieb

Seit dem Inkrafttreten des neuen Bürgerrechtsgesetzes (BüG)² am 1. Januar 2018 und der Integrationsnovelle des Ausländergesetzes (AIG)³ am 1. Januar 2019 wird von ausländischen Personen in verschiedenem Zusammenhang erwartet, dass sie die Werte der Bundesverfassung (BV)⁴ respektieren. Dagegen wurden von staatsrechtlicher Seite bereits Vorbehalte geäußert.⁵ Die entsprechenden Bestimmungen sind jedenfalls auslegungsbedürftig. Eine Klarstellung ist umso wichtiger, als es den betroffenen Personen mit Blick auf die Rechtsfolgen zusteht, zu erfahren, was von ihnen erwartet wird. Die Rechtsstaatlichkeit der gesetzlichen Regelungen verlangt deren Anwendung in einer vorhersehbaren, willkürfreien, verhältnismässigen und rechtsgleichen Weise (vgl. Art. 5, 8 und 9 BV). Dazu stellen sich einige heikle Fragen. Klärungsbedürftig sind insbesondere zwei Kriterien, nämlich erstens, was denn die Werte der Bundesverfassung sein sollen, und zweitens, was unter Respektierung dieser Werte zu verstehen ist.

I. Einschlägige Bestimmungen

A. Bürgerrechtsgesetzgebung

Im Einbürgerungsrecht verfügt das Kriterium der Integration über lange Tradition. Immerhin sei daran erinnert, dass ihm nicht immer dieselbe Bedeutung zukam wie heute. Noch um 1900 bis zum ersten Weltkrieg galt in der Schweiz der Grundsatz der Integrationsförderung durch Einbürgerung, bildete Integration mithin nur eine untergeordnete

¹ Altes deutsches Volkslied.

² Bundesgesetz vom 20.6.2014 über das Schweizer Bürgerrecht, Bürgerrechtsgesetz, BüG, SR 141.0, AS 2016 2561.

³ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration, Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20, AS 2017 6521.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101.

⁵ KLEY, 28.

Voraussetzung der Einbürgerung.⁶ Spätestens nach dem zweiten Weltkrieg fand insofern ein Paradigmenwechsel statt.⁷ Seither gilt die Integration der betroffenen Personen als eine von mehreren Einbürgerungsvoraussetzungen. Im Verlauf der Zeit wurde dieses Kriterium zwar unterschiedlich interpretiert. Die begrifflichen Entwicklungen und verschiedenen Verständnisse sollen hier aber nicht vertieft werden, geht es vorliegend doch nur um das eine Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung.⁸ Die materiellen Voraussetzungen der Einbürgerung unterschieden sich schon unter der Geltung des früheren Bürgerrechtsgesetzes (aBüG)⁹ für die ordentliche und die erleichterte Einbürgerung sowie die Wiedereinbürgerung. Das damalige Recht nannte das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung nicht. Das neue Bürgerrechtsgesetz verlangt dies nunmehr bei der ordentlichen Einbürgerung (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b BüG) und der Wiedereinbürgerung (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. d BüG) ausdrücklich sowie bei der erleichterten Einbürgerung durch Verweis auf die entsprechende Voraussetzung bei der ordentlichen Einbürgerung (in Art. 20 Abs. 1 BüG) als Massstab einer erfolgreichen Integration. Die mit dem neuen Bürgerrechtsgesetz erstmalig erlassene Bürgerrechtsverordnung (BüV)¹⁰ enthält nähere Ausführungen zu den Einbürgerungsvoraussetzungen. Art. 17-19 BüV sehen überdies vor, dass sich die zuständigen Behörden in ihren Erhebungsberichten zu Einbürgerungsbewerbungen auch dazu zu äussern haben.

Schliesslich kann die Täuschung über die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, ohne dass dies im Gesetz so ausdrücklich erwähnt wird, die Nichtigerklärung einer Einbürgerung zur Folge haben (vgl. Art. 36 BüG). Der Nachweis einer solchen Täuschung dürfte allerdings nicht einfach zu erbringen sein.

B. Ausländerrecht

Im schweizerischen Ausländerrecht spielte Integration lange Zeit keine wichtige Rolle. Erst seit 1999 sah das Gesetz Förderungsmassnahmen vor,¹¹ die zum Erlass einer entsprechenden Bundesratsverordnung führten.¹² Eigentliche Integrationsanforderungen gab

⁶ Vgl. CAMPISI, 7 f.

⁷ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 291a.

⁸ Dazu etwa CAMPISI, 7 ff.; GUTZWILLER, 2008, 101 ff. und 233 ff.

⁹ Bundesgesetz vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, Bürgerrechtsgesetz, AS 1952 1087.

¹⁰ Verordnung vom 17. Juni 2016 über das Schweizer Bürgerrecht, Bürgerrechtsverordnung, BüV, SR 141.01.

¹¹ Art. 25a des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG, eingeführt mit der Gesetzesnovelle vom 26. Juni 1998, AS 1999 1111.

¹² Verordnung vom 13. September 2000 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländer, VIntA, AS 2000 2281.

es damals im Ausländerrecht noch nicht.¹³ Solche wurden erst mit dem neuen Ausländergesetz eingeführt. Der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene und noch immer gültige Art. 4 Abs. 1 AIG¹⁴ sieht vor, dass sich das Ziel der Integration als Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung unter anderem auf die Grundlage der Werte der Bundesverfassung stützen soll. Eine Definition der Integration enthielt das Gesetz freilich noch längere Zeit nicht. Hingegen bestimmte das Verordnungsrecht neu, welchen Beitrag Ausländerinnen und Ausländer zur Integration zu leisten hatten. Gemäss dem damaligen Art. 4 lit. a der Integrationsverordnung (aVIntA)¹⁵ zeigte sich der Beitrag unter anderem in der Respektierung der Werte der Bundesverfassung. Mit der Integrationsnovelle wurde dieser Gesichtspunkt nunmehr auf Gesetzesstufe erhoben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine ausreichende Integration neu Voraussetzung vielfältiger ausländerrechtlicher Massnahmen, insbesondere von Bewilligungserteilungen darstellt (vgl. Art. 33 Abs. 5, Art. 34 Abs. 2 lit. c, Art. 42 Abs. 3, Art. 43 Abs. 4 und 5, Art. 44 Abs. 4, Art. 50 Abs. 1 lit. a, Art. 63 Abs. 2 sowie Art. 83 Abs. 10 AIG). Dem Kriterium der Integration kommt heute damit im Ausländerrecht eine grosse Bedeutung zu. Der Gesetzgeber bezweckte insofern eine Harmonisierung von Bürgerrechts- und Ausländerrechtsgesetzgebung.¹⁶

Nach Art. 58a Abs. 1 lit. b AIG berücksichtigt die zuständige Behörde bei der Beurteilung der Integration die Respektierung der Werte der Bundesverfassung als eines von mehreren Kriterien. Die revidierte Integrationsverordnung (VIntA)¹⁷ äussert sich dazu nicht mehr. Hingegen sieht Art. 12 VIntA unter anderem allfällige Beiträge des Bundes an Integrationsprogramme zwecks Förderung des Zusammenlebens der einheimischen und der ausländischen Bevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung vor, nimmt also insoweit Art. 4 AIG wieder auf. Im Übrigen werden die ausländerrechtlichen Integrationsvoraussetzungen heute in der Verordnung zum Ausländer- und Integrationsgesetz (VZAE)¹⁸ konkretisiert. Ergänzend rechtfertigt sich der Hinweis auf Art. 26a AIG, wonach die Zulassung von religiösen Betreuungs- oder Lehrpersonen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit voraussetzt, dass diese mit dem gesellschaftlichen und rechtlichen Wertesystem in der Schweiz vertraut und fähig sind, entsprechende Kenntnisse zu vermitteln. Der dortige Wertebegriff ist allerdings weiter gefasst als derjenige

¹³ Näheres bei CAMPISI, 13 ff.; vgl. zur jüngeren Entwicklung auch ACHERMANN/KÜNZLI, 12 ff.

¹⁴ Damaliges Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Ausländergesetz, AuG, AS 2007 5437.

¹⁵ Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern, VIntA, AS 2007 5551.

¹⁶ Vgl. BBl 2011 2832 und 2013 2399.

¹⁷ Verordnung vom 15. August 2018 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern, VIntA, SR 142.205.

¹⁸ Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, VZAE, SR 142.201.

der Werte der Bundesverfassung und verfügt auch über eine etwas andere Tragweite, weshalb hier darauf nicht weiter eingegangen werden soll.¹⁹

Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung ist nicht nur vor einer Bewilligungserteilung zu prüfen, sondern bleibt auch danach von Belang. So kann eine nachträgliche Missachtung zur Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung oder zum Widerruf einer Niederlassungsbewilligung führen (vgl. Art. 63 Abs. 2 AIG) oder die Täuschung darüber im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung ebenfalls einen Widerruf einer erteilten Bewilligung bewirken (vgl. Art. 62 Abs. 1 lit. a und Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. a AIG). Im zweiten Fall dürfte der Nachweis jedoch ebenfalls oft nicht einfach zu erbringen sein.

Zu beachten ist weiter, dass im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts die Integrationsvoraussetzungen nicht gelten (vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 AIG). Damit kann auch die daraus abgeleitete Anforderung der Respektierung der Werte der Bundesverfassung keine Anwendung finden. Entsprechende Verhaltensweisen müssen also andere Tatbestände erfüllen, d.h. insbesondere gemäss Art. 5 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen (FZA)²⁰ gegen die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit verstossen, um relevant zu werden. Erfasst werden davon nicht ausschliesslich die Angehörigen von Staaten der EU und der EFTA, sondern auch von Drittstaaten, die in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsrechts fallen, was insbesondere auf Familienangehörige zutreffen kann (vgl. Art. 7 lit. d FZA und Art. 3 Anhang I zum FZA). Bei Bewilligungen, die sich auf sonstiges Völkerrecht, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)²¹ und dabei vor allem auf deren Art. 8 stützen, stellen Integrationsanforderungen keine Voraussetzung für die Anrufbarkeit des Schutzbereichs dar. Sie können jedoch unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich massgeblich sein. Insofern kann dabei auch das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung von Belang sein, soweit dies mit dem entsprechenden Abkommen, namentlich der Menschenrechtskonvention, vereinbar ist.

Schliesslich verpflichten Art. 53 ff. AIG den Bund und die Kantone zur Integrationsförderung. Darin enthalten ist demnach auch der Auftrag, in geeigneter Weise Verfassungskunde zu vermitteln bzw. darzulegen, was unter den Werten der Bundesverfassung zu verstehen ist.

¹⁹ Immerhin sei noch darauf hingewiesen, dass Art. 22a VZAE dafür sinngemäss auf Art. 58a lit. a und b AIG verweist.

²⁰ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

²¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

C. Flüchtlingsrecht

Eine geringere Bedeutung kommt dem Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung im Flüchtlingsrecht zu. Die Flüchtlingskonvention (FK)²² sieht zwar die allgemeine Verpflichtung der Flüchtlinge vor, sich den Pflichten im Aufenthaltsstaat zu unterziehen, namentlich die Gesetze und Verordnungen sowie die Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu beachten (Art. 2 FK). Und selbstredend ist es auch sinnvoll, Schutzsuchende schon frühzeitig in den Werten der schweizerischen Bundesverfassung zu unterweisen. In eigentlichen Schutzverfahren kann ihnen ein entsprechender Vorhalt aber unter Abweichung von den einschlägigen Voraussetzungen der Schutzgewährung nicht entgegengehalten werden. Die Erteilung eines Schutzstatus, d.h. von Asyl oder von subsidiärem Schutz, hängt grundsätzlich von anderen Voraussetzungen als von Integrationsanforderungen ab. Die Missachtung von verfassungsrechtlichen Werten für sich bildet weder einen Grund für den Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft (vgl. Art. 1 lit. F FK) noch vom Rückschiebungsschutz (Art. 33 Ziff. 2 FK) noch für Asylunwürdigkeit (vgl. Art. 53 AsylG)²³, wobei allerdings unter Umständen tatbestandliche Überschneidungen möglich sind. Das absolute und insofern als zwingendes Völkerrecht anerkannte Rückschiebungsverbot nach Art. 3 EMRK und der analoge verfassungsrechtliche Schutz von Art. 25 Abs. 3 BV gelten vorbehaltlos und schützen auch Terroristen und Leute, die sonstwie selbst gegen die Menschenrechte oder andere grundlegende Werte verstossen haben, sofern ihnen im Heimat- oder Herkunftsstaat massgebliche Verfolgung droht.²⁴

Soweit eine Missachtung der Werte der Bundesverfassung nicht zu einem Asylausschluss führt, lässt sich damit auch nicht die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung begründen, auf deren Erteilung bei Asyl ein Anspruch besteht, sieht das Gesetz in diesem Fall die entsprechende Voraussetzung doch mit Grund nicht vor (Art. 60 Abs. 1 AsylG) und erscheint es angesichts der spezielleren asylrechtlichen Regelung ausgeschlossen, dass die allgemeinere ausländerrechtliche Bestimmung von Art. 33 Abs. 5 AIG diesfalls anwendbar ist. Das gilt sowohl für die erstmalige Erteilung als auch für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Da sich hingegen die Gewährung der Niederlassungsbewilligung bei Flüchtlingen mit Asyl nach Art. 34 AIG richtet (Art. 60 Abs. 2 AsylG), ist die Voraussetzung der Respektierung der Werte der Bundesverfassung auf diesen Rechtsakt anwendbar. Beim asylrechtlichen Härtefall nach Art. 14 Abs. 2 AsylG schliesst das Erfordernis einer fortgeschrittenen Integration die Respektierung der Werte der Bundesverfassung mit ein. Damit lässt sich eine Parallelität zum Härtefall für vorläufig Aufge-

²² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30.

²³ Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

²⁴ DE WECK, 229 ff.; SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, 248 ff.; vgl. auch das Urteil des EGMR Nr. 12148/18 vom 29.4.2019 i.S. A.M. c. Frankreich.

nommene gemäss Art. 84 Abs. 5 AIG erreichen, der zu einer rein ausländerrechtlichen Bewilligung führt, weshalb hier das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung in Anwendung von Art. 33 Abs. 5 AIG zu beachten ist.

II. Vorgaben für die Auslegung

Integration ist nicht nur Pflicht für die ausländischen Personen, sondern auch Verfassungsziel,²⁵ weshalb bis zu einem gewissen Grad die staatlichen Organe ebenfalls in der Verantwortung stehen und die Pflichten nicht einseitig ausgelegt werden dürfen. Die Interpretation und Anwendung der gesetzlichen Integrationsvoraussetzungen hat überdies verfassungs- und völkerrechtskonform zu erfolgen. Gerade die Grundrechte beeinflussen die zulässigen Anforderungen an die Integration in wesentlichem Masse.²⁶ Der Umgang der Behörden mit ausländischen Personen wirft besonders ausgeprägte Fragen von Gerechtigkeit und Fairness auf, was nochmals speziell bei der Einbürgerung gilt.²⁷ Unter dem Deckmantel der Respektierung der Verfassungswerte darf insbesondere kein Assimilierungszwang ausgeübt werden.²⁸ Angesichts der gelebten Vielfalt in der Schweiz ist bei den Integrationsanforderungen ganz allgemein nicht von zu weit gefassten Grundvorstellungen auszugehen.²⁹ Kulturelle Vielfalt kennzeichnet eine liberale Ordnung und ist entsprechend zu schützen. Die Grenze liegt jedoch dort, aber auch erst dort, wo der Staat seine eigene Identität aufgeben müsste.³⁰

Da die Respektierung der Werte der Bundesverfassung sowohl im Ausländer- als auch im Einbürgerungsrecht jeweils nur eines von mehreren Kriterien der Integration darstellt, sind die damit angesprochenen Werte sodann von den anderen massgeblichen Faktoren abzugrenzen. So unterscheidet der Gesetzgeber im Bürgerrechtsgesetz bei den materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen namentlich das Vertrautsein mit den schweizerischen Lebensverhältnissen (vgl. Art. 11 lit. b BüG), die Nichtgefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (vgl. Art. 11 lit. c BüG) sowie die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a BüG) von der Respektierung der Werte der Bundesverfassung (gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b BüG). In analoger Weise nennt das Ausländer- und Integrationsgesetz als massgebliche Kriterien der Integration unter anderem sowohl die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Art. 58a

²⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 413.

²⁶ BIANCHI, 111 ff.; KÄLIN, 232 ff.

²⁷ THÜRER, 2009, Rz. 1.2, 1.5 und 1.80.

²⁸ BIANCHI, 24 und 202; CAMPISI, 28 ff.; KÄLIN, 225 ff. und 236; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 414 f.

²⁹ Vgl. ACHERMANN, Rz. 11.

³⁰ Vgl. BIANCHI, 79 ff. und 202 f.; KÄLIN, 234 ff.

Abs. 1 lit. a AIG) als auch die Respektierung der Werte der Bundesverfassung (vgl. Art. 58a Abs. 1 lit. b AIG). Sind diese verschiedenen Kriterien kumulativ zu beurteilen, wie die beiden Gesetze das vorschreiben, kann damit nicht dasselbe gemeint sein. Es ist aber nicht darüber hinwegzusehen, dass sich die Inhalte überschneiden können. Wer etwa wegen eines Tötungsdelikts gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat, zeigt auch mangelnden Respekt vor dem Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) bzw. der Menschenwürde (Art. 7 BV) anderer und damit vor einem verfassungsrechtlich geschützten zentralen Wert. Das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung erweist sich insofern jedoch nicht nur als weniger greifbar, sondern vor allem auch als allgemeiner und hat daher bei solchen inhaltlichen Überschneidungen gegenüber den anderen spezifischeren Tatbestandsmerkmalen zurückzustehen. Anders gesagt: Der Respektierung der Werte der Bundesverfassung kommt nur dann eine rechtlich bedeutsame Funktion zu, wenn sich ein Sachverhalt nicht bereits unter dem Gesichtspunkt der anderen einschlägigen Tatbestandsmerkmale abschliessend würdigen lässt.

Zwar liesse sich schliesslich terminologisch ein migrations- bzw. integrationsrechtlicher *ordre public*-Begriff definieren.³¹ Dabei besteht aber nicht zwingend Deckungsgleichheit mit dem Begriff des *ordre public* im Internationalen Privatrecht (vgl. Art. 17 IPRG)³². Gewiss gibt es auch insofern Überschneidungen, der privatrechtliche *ordre public*-Begriff ist jedoch nicht auf die Verfassung beschränkt, sondern bezieht sich ebenfalls auf Werte, die auf gesetzlicher Stufe geschützt sind, wie etwa das Verbot der Polygamie oder Eheverbote zwischen nahen Verwandten.³³ Es rechtfertigt sich daher, von einer eigenständigen migrationsrechtlichen Begrifflichkeit auszugehen.

III. Bestehende Auslegungsansätze

Es fällt auf, dass sich in den Materialien, im Ausführungsrecht sowie in der bisher spärlichen Literatur zwar Hinweise dazu finden, was mit den Werten der Bundesverfassung gemeint sein könnte, und dies mit konkreten Beispielen unterlegt wird. Eine verbindliche allgemeine Definition der massgeblichen Verfassungswerte fehlt aber genauso wie die begriffliche Erfassung der Respektierung solcher Werte. Dennoch soll hier vorweg das offenbar bestehende Vorverständnis kurz dargelegt werden. Daran wird in der Folge teilweise anzuknüpfen sein.

³¹ Vgl. KALIN, 236.

³² Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, IPRG, SR 291.

³³ Vgl. BGE 141 III 1 E. 2 S. 3.

A. Die Definition im Verordnungsrecht

Sowohl im Ausländer- als auch im Einbürgerungsrecht enthält das Verordnungsrecht eine weitgehend gleich lautende Definition der Werte der Bundesverfassung. Als solche gelten nach den insoweit übereinstimmenden Art. 77c lit. a und b VZAE und Art. 5 lit. a und b BÜV die rechtsstaatlichen Prinzipien und die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Schweiz sowie die Grundrechte wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Meinungsfreiheit. Art. 77c lit. c VZAE nennt darüber hinaus die Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule und Art. 5 lit. c BÜV die Pflicht zum Militär- oder zivilen Ersatzdienst und zum Schulbesuch. Die Differenz bei der Dienstpflicht ist leicht damit erklärbar, dass ausländische Personen davon ausgeschlossen sind, durch eine Einbürgerung aber derselben unterstellt werden könnten. Weniger nachvollziehbar ist der Unterschied im Wortlaut bei der Pflicht zum Schulbesuch, wobei die Formulierung in Art. 77c lit. c VZAE pleonastisch erscheint («Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule»). Eine weitergehende Bedeutung dürfte allerdings mit dieser sprachlichen Differenz kaum verbunden sein.

B. Die Erläuterungen in den bundesrätlichen Botschaften

Nach der beispielhaften Darstellung des Bundesrats gehören zu den Werten der Bundesverfassung das Gewaltmonopol des Staates, die Gleichstellung von Mann und Frau sowie die Religionsfreiheit. Der Bundesrat zählt dazu auch die universellen Werte des internationalen Menschenrechtsschutzes. Sodann zeige sich eine besondere Ausprägung im politischen oder religiösen Extremismus.³⁴ Interessant sind überdies seine entsprechenden, allerdings kurz gehaltenen Ausführungen zur Integrationsförderung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung, wonach dazu als Grundprinzipien die Verwirklichung von Chancengleichheit, die Nutzung der Potenziale, die Berücksichtigung der Vielfalt und die Einforderung von Eigenverantwortung zu gelten haben.³⁵ Das indiziert, dass die Werte der Bundesverfassung auch die betroffenen Personen vor überhöhten Anforderungen schützen und ihnen Individualität und Entfaltungsmöglichkeiten einräumen.

³⁴ BBl 2011 2833 und 2013 2428.

³⁵ BBl 2013 2422.

C. Die Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM)

Gemäss den Weisungen des SEM zum Ausländerrecht umfassen die Werte der Bundesverfassung die Grundprinzipien, Grundrechte und Pflichten gegenüber dem Staat, insbesondere die rechtsstaatlichen Prinzipien und die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Schweiz.³⁶ In grundsätzlich vergleichbarer Weise äussert sich das Handbuch des SEM zum Bürgerrecht.³⁷

D. Literatur und Rechtsprechung

Soweit die Werte der Bundesverfassung zur Bestimmung der Integrationsanforderungen beigezogen werden, handelt es sich um neue gesetzliche Anforderungen, wozu es noch kaum Rechtsprechung und Literatur gibt. Soweit vorhanden, wird dafür hauptsächlich auf die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien, im Ordnungsrecht oder in den Weisungen des SEM verwiesen.³⁸ In einem weiteren Sinne wird immerhin ausgeführt, dass einerseits die kulturelle Vielfalt als wesentliches Element der freiheitlichen Ordnung zu achten und zu schützen sei, dass andererseits der Verfassungsstaat seine eigene Identität nicht aufgeben dürfe, weswegen Grundwerte und Grundprinzipien wie Chancengleichheit für alle, Nichtdiskriminierung, das Gewaltmonopol des Staates und Toleranz gegenüber Andersdenkenden verteidigt werden müssten.³⁹ Welche Werte die Bundesverfassung ganz generell schützt, ergibt sich aus der allgemeinen verfassungsrechtlichen Literatur.

IV. Werte der Bundesverfassung

A. Die Bundesverfassung als Grundlage

Der Begriff der Werte der Bundesverfassung steht in engem Bezug zum Staats- bzw. konkreter dem schweizerischen Verfassungsrecht. Darauf wird zurückzugreifen sein. Vorweg kann dazu festgehalten werden, dass ihm nicht eine klar fassbare Terminologie zugrunde liegt. Über Werte lässt sich bekanntlich beliebig streiten.⁴⁰ Ihre Massgeblich-

³⁶ SEM, Weisungen und Erläuterungen I. Ausländerbereich, Zif. 3.3.1.2.

³⁷ Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, Kapitel 3: ordentliche Einbürgerung, 40 ff.

³⁸ So etwa bei CAMPISI, 255 f.; GUTZWILLER, 2016, 32 f.; SPESCHA, Art. 58a, N. 5.

³⁹ ACHERMANN, Rz. 23; ACHERMANN/AMARELLE, N. 35; SPESCHA, Art. 4, N. 1.

⁴⁰ RHINOW, 2017.

keit hängt auch von persönlichen ethischen, politischen und sonstigen Haltungen ab. Eine allgemeingültige juristische Definition fällt deshalb von vornherein schwer. Das ist aber unerlässlich, um dem gesetzlichen Kriterium die nötigen Konturen zu verschaffen.

Das Gesetz verweist auf die Werte der Bundesverfassung. Diese ergeben sich einzig aus dieser selbst. Das schliesst andere Wertvorstellungen aus, insbesondere Vorstellungen einer anderswie gestalteten, beispielsweise christlich-jüdisch geprägten, Leitkultur oder von traditionell-patriotisch sowie alternativ-ideologisch gefärbten Heimat- und Schweizbildern unter Einschluss von diffusen so genannten Schweizer Werten. Auch Sitten, Brauchtum, Anstands- sowie sonstige gesellschaftliche Regeln, unabhängig davon, ob sie weit verbreitet oder nur lokal befolgt werden, zählen nicht zu den Werten der Bundesverfassung, wenn sie darin nicht abgebildet sind. Bei der ordentlichen Einbürgerung können solche Gesichtspunkte allenfalls unter andere Tatbestände fallen, insbesondere unter denjenigen des Vertrautseins mit den schweizerischen Lebensverhältnissen (nach Art. 11 lit. b BÜG) oder bei weitergehenden kantonalen Integrationsanforderungen (vgl. Art. 12 Abs. 3 BÜG) auch mit entsprechenden kantonalen oder lokalen Besonderheiten. Die massgeblichen Verfassungswerte schliessen allerdings auch spezifische Werte des Völkerrechts mit ein und sind damit zumindest in Einklang zu bringen. Die für das Migrationsrecht ausgeprägte Mehrebenenstruktur⁴¹ ist entsprechend in Rechnung zu stellen. Ohne im Detail auf das Verhältnis des schweizerischen Verfassungs- zum Völkerrecht einzugehen,⁴² kann hier zumindest festgehalten werden, dass sich nicht nachteilig zu Lasten einer ausländischen Person auswirken darf, wenn sie sich insofern auf das für sie allenfalls günstigere Völkerrecht beruft bzw. in einer damit vereinbaren Weise verhält.

B. Begriffsbestimmung

1. Die Verfassung als Wertordnung

Alles Recht beruht auf Werten.⁴³ Die Verfassung widerspiegelt dabei allgemein geteilte und anerkannte, auf einem Grundkonsens beruhende Wertvorstellungen. Als Wertordnung soll sie Sinn und Gerechtigkeit vermitteln, vorrangig bleibt sie aber Rechtsordnung. Eine Aufladung der Verfassung mit moralischen Postulaten, die auf sittlichen, religiösen oder sonstigen ausserkonstitutionellen Vorstellungen beruhen, verbietet sich. Gerade die Bundesverfassung vereinigt jedoch aufgrund ihrer relativ leichten Revidierbarkeit hete-

⁴¹ Dazu BREITENMOSER, 10 ff.

⁴² Vgl. dazu etwa BGE 139 I 16 und 32 sowie BGE 142 II 35.

⁴³ STARCK, 41 ff.

rogene und verschiedentlich inkongruente Wertvorstellungen. Auch wenn diese auf Mehrheitsentscheiden beruhen, sollen sie für alle gelten.⁴⁴

2. Zentrale Verfassungswerte

Trotz der grundsätzlich anerkannten Theorie des einheitlichen Verfassungsrechts kommt nicht allen darin abgebildeten Werten dieselbe Bedeutung zu. Die Bandbreite der in der Verfassung enthaltenen Werte ist gross und reicht beispielhaft von den rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 5 BV) oder vom Föderalismusprinzip (Art. 3 und 42 ff. BV) bis hin zur Förderung des Filmwesens (Art. 71 BV) oder der Fuss-,Wander- und Velowege (Art. 88 BV). Obwohl sämtliche Regelungen in der Bundesverfassung zwangsläufig Verfassungsinteressen definieren, ist es offensichtlich, dass nicht allen eine gleich wichtige Werthaltigkeit zukommen kann. Insbesondere die Bestimmungen über die Bundesaufgaben und -kompetenzen (vgl. Art. 54 ff. BV) dienen vorrangig der föderalistischen Kompetenzausscheidung und verfügen noch nicht allein deswegen, weil sie in der Verfassung enthalten sind, über besonderen Wert. Dies gilt es bei der Bestimmung der Werte zu berücksichtigen, deren Respektierung von den ausländischen Personen erwartet wird. Es ist im Übrigen nicht einmal davon auszugehen, dass die schweizerische Bevölkerung die Bundesverfassung und die darin enthaltenen Wertvorstellungen integral kennt.⁴⁵ Wie liesse es sich daher rechtfertigen, solches von Ausländerinnen und Ausländern zu verlangen? Erforderlich ist daher ein fehlender Respekt gegenüber qualifizierten Verfassungswerten, bei denen mit Grund erwartet werden darf, dass sie verbreitet bekannt und als gewichtig anerkannt sind bzw. entsprechend «Resonanz»⁴⁶ ausüben und gleichzeitig objektiv bedeutsam erscheinen. Einen Anhaltspunkt dafür bildet der Zweckartikel der Bundesverfassung, der die Freiheit und Rechte des Volkes, die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes, die gemeinsame Wohlfahrt und die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt, die Chancengleichheit, die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen sowie die friedliche und gerechte internationale Ordnung in den Vordergrund stellt (vgl. Art. 2 BV). Nicht von Belang ist, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. Einerseits braucht die Missachtung von Verfassungswerten nicht zwingend unter Strafdrohung zu stehen; andererseits sind die Erteilung von ausländerrechtlichen Bewilligungen und unter Umständen auch die Einbürgerung trotz strafbaren Verhaltens nicht unbedingt ausgeschlossen, wie etwa die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB⁴⁷ oder das Beispiel von Härtefallbewilligungen für papierlose Personen zeigen, deren bisheriger irregulärer Aufenthalt an sich unter Strafdrohung steht, wobei mit der Regularisierung eine Bestrafung nicht mehr in Frage kommen dürfte.

⁴⁴ DETJEN, 19 ff.; EICHENBERGER, 1991, 158 f. und 172 f.; HEBEISEN, 134 ff.; MÜLLER, 85 ff.

⁴⁵ AUBERT, 106.

⁴⁶ Der Begriff der «résonance» findet sich bei AUBERT, 107.

⁴⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

Die zentralen Verfassungswerte lassen sich mithin aus dem Zweckartikel sowie zusätzlich aus den Struktur- und Grundprinzipien bzw. prägenden Elementen der Bundesverfassung ableiten, obwohl die Verfassung selbst eine solche Bewertung nicht vornimmt.⁴⁸ Die Hierarchisierung von Verfassungsnormen ist zwar nicht unumstritten.⁴⁹ Auf die entsprechende Diskussion braucht hier aber nicht eingegangen zu werden. Im vorliegenden Zusammenhang erscheint eine Konzentration auf grundsätzliche Verfassungswerte jedenfalls unausweichlich. Sie erscheinen hier als Massstab umso geeigneter, als sie das schweizerische Selbstverständnis erheblich mitbeeinflussen.⁵⁰ Im Schrifttum werden gemeinhin zu den Leitprinzipien gezählt: die Menschenwürde (7 BV), die freiheitliche Demokratie, die Rechts- und Bundesstaatlichkeit sowie die Sozialstaatlichkeit. Als konkrete Werte gelten namentlich der Schutz des Lebens, die innere Sicherheit, die individuelle Freiheit, die Rechtsgleichheit, die soziale Gerechtigkeit im Sinne des sozialen Ausgleichs sowie die Volkssouveränität durch demokratische und rechtsstaatliche Machtausübung.⁵¹ Im vorliegenden Zusammenhang stehen dabei die in der Verfassung angelegten demokratischen Regeln, der Minderheitenschutz sowie die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Prinzipien im Vordergrund, wobei auf die Problematik zurückzukommen sein wird, dass solche Rechte und Grundsätze die Privaten in aller Regel nur indirekt verpflichten. Der Föderalismus und die Sozialstaatlichkeit dürften hier von geringerer Bedeutung sein, dürfen aber auch nicht vernachlässigt werden. Sodann ergeben sich aus den Grundpflichten verbindliche Obliegenheiten für Private, die sich gegebenenfalls zu den zentralen Verfassungswerten zählen lassen. Zu beachten ist ferner die religiöse Neutralität bzw. das Prinzip des säkularen Staates. Der Grundsatz der Neutralität der schweizerischen Sicherheitspolitik gehört hingegen nicht zu den übergeordneten Verfassungsmaximen⁵² und ist hier kaum von Belang. Auch die Landesverteidigung (vgl. Art. 57 ff. BV) stellt nicht für sich allein einen qualifizierten Verfassungswert dar, sie kann die Qualität eines solchen aber im Zusammenhang mit den damit verbundenen Grundpflichten oder mit der Verpflichtung des Bundes auf Sicherung seiner Unabhängigkeit sowie auf eine integrale weltoffene, friedliche und kooperative Aussenpolitik (vgl. Art. 54 BV) erreichen. Ähnliches gilt für die wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung, die jedoch ohnehin nicht vorbehaltlos gilt (vgl. Art. 94 ff. BV), und das Nachhaltigkeitsgebot (vgl. insbesondere Art. 73 BV), wobei sich aus diesen Grundsätzen kaum relevante Folgerungen im vorliegenden Zusammenhang ziehen lassen. Von grosser Bedeutung ist hier hingegen das Prinzip der friedlichen Streiterledigung verbunden mit

⁴⁸ Dazu BELSER, N 48 f.; BIAGGINI, 2017, Einleitung, N 16, und Art. 1, N 2; DERS., 2015, 85 f. und 105 ff.; MASTRONARDI, 37 ff.; RHINOW, 1984a, 295 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 158 ff.; TSCHANNEN, 81 ff.

⁴⁹ MASTRONARDI, 24 ff.

⁵⁰ EICHENBERGER, 1997, 427.

⁵¹ Dazu RHINOW, 2017; vgl. für das deutsche Grundgesetz DETJEN, 31 ff.

⁵² RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3533; vgl. auch RHINOW, 2007, 602 ff.

dem Gewaltmonopol des Staates und dem Gewaltverzicht auf Seiten der Privaten, das so nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung steht, sich aber indirekt daraus ergibt, wobei hier offen bleiben kann, ob dem Grundsatz eventuell sogar vor- oder überkonstitutionelle Bedeutung zukommt.⁵³

Die so definierten Werte können allerdings miteinander selbst in Konflikt geraten. Die dabei auftretenden Kulturkonflikte enthalten ein besonders Spannungspotenzial. Das mag nicht zuletzt das Beispiel der Religionsfreiheit zu belegen, die mit Werten wie dem Gewaltverzicht oder der Gleichstellung der Geschlechter in Gegensatz geraten kann.⁵⁴ Auf die wichtigsten Anwendungstatbestände mangelnden Respekts gegenüber solchermaßen definierten Verfassungswerten wird weiter hinten einzugehen sein.

V. Respektierung der Verfassungswerte

A. Ausgangspunkt

Gemäss dem auf Internet konsultierbaren Duden als Lexikon der deutschen Sprache bedeutet «respektieren», etwas zu achten bzw. als vertretbar oder legitim anzuerkennen. Im vorliegenden Zusammenhang ist unter «respektieren» ein Verhalten im Einklang mit den Werten der Bundesverfassung zu verstehen. Das heisst nicht, dass damit ein inhaltliches Einverständnis einhergehen muss. Die betroffenen Personen sollen sich an die Verfassungswerte halten, dürfen aber ihrer anders gestalteten Überzeugung Ausdruck geben, falls sie damit nicht einverstanden sind. Etwas anderes liefe auf einen Gesinnungszwang hinaus, der vor allem mit der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), aber auch mit der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV), der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) sowie allenfalls der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BV) nicht vereinbar wäre. Diese Grundrechte stellen selbst zentrale Grundwerte der Bundesverfassung dar und sind gerade auch für die zuständigen Behörden im Ausländer- und Einbürgerungsrecht beachtlich. Ein Bekenntnis zu den Werten der Bundesverfassung ist also nicht erforderlich,⁵⁵ sondern lediglich ein Verhalten, das die Bereitschaft manifestiert, trotz abweichenden Wertvorstellungen die massgeblichen Verfassungswerte, so wie sie gelten, zu akzeptieren und sich gegebenenfalls lediglich auf rechtmässigem Weg für deren Änderung einzusetzen. Es geht im Wesentlichen darum, eigene Auffassungen gewaltfrei, unter Verzicht auf totalitäre Strukturen und unter Akzeptanz anderer Meinungen zu ver-

⁵³ Dazu FALLER, 5 ff.; KAUFMANN, 17 f.; MOHLER, 152 ff., insbes. 157 ff.; RHINOW, 1984b, 491; TSCHANNEN, 5.

⁵⁴ KÄLIN, passim; RHINOW, 2017.

⁵⁵ Wovon offenbar KLEY, 28, ausgeht; gleich wie Spescha, Art. 58a, N. 5.

treten. Damit wird von den betroffenen Personen ein hohes Mass an «Bürgertugend»⁵⁶ erwartet, das zu erfüllen unter Umständen auch einigen Schweizerinnen und Schweizern Mühe bereiten würde.

B. Begriffsbestimmung

Das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung lässt sich bei der Prüfung einschlägiger ausländer- oder bürgerrechtlicher Massnahmen kaum positiv abklären, sondern es kann in der Regel nur gegenteiliges Verhalten festgestellt werden. Ein aktiver Einsatz für die Werte der Bundesverfassung lässt sich zwar positiv würdigen, ist aber weder erforderlich noch wird er verlangt. Das führt dazu, dass sich meist nur prüfen lassen dürfte, ob sich jemand nicht an die Werte der Bundesverfassung hält; finden sich keine anderen Hinweise, wird zu schliessen sein, dass die entsprechende gesetzliche Voraussetzung eingehalten ist. Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung bildet in diesem Sinne in erster Linie ein Ausschlusskriterium und seltener einen positiven Beurteilungsfaktor. Das erschwert die Abgrenzung zu zulässigen Überzeugungen und Verhaltensweisen. Wie nicht jeder, sondern nur zentrale Verfassungswerte massgeblich sind, kann auch nicht jede noch so kleine Missachtung derselben wesentlich sein; vielmehr braucht es eine gewisse Schwere des Fehlverhaltens, die es rechtfertigt, dieses der verantwortlichen Person ausländer- oder bürgerrechtlich vorzuhalten. Die Bundesverfassung wird in der Schweiz denn auch praktisch täglich verletzt, wenn all die Beschwerdeentscheide in Betracht gezogen werden, mit denen Verfügungen, Entscheide und Urteile unterer Instanzen wegen Gehörsverweigerung, Unverhältnismässigkeit, Verletzung der Rechtsgleichheit oder des Gewaltenteilungsprinzips und anderen verfassungsmässigen Rechten aufgehoben bzw. korrigiert werden. Selbst der Bundesgesetzgeber ist vor Verfassungsverletzungen nicht gefeit, auch wenn das wegen Art. 190 BV nicht oder nur eingeschränkt korrigierbar ist.⁵⁷ Solche «alltäglichen» bzw. kleineren Missachtungen der Verfassung können daher auch bei ausländischen Personen nicht ins Gewicht fallen.

Wie der Bundesrat ausdrücklich zu Recht festgehalten hat, steht ein von der Mehrheitsmeinung abweichendes, aber grundrechtlich geschütztes Handeln im Einklang mit den Werten der Bundesverfassung und darf nicht zu Ungunsten der betroffenen ausländischen Personen ausgelegt werden.⁵⁸ Eine abweichende Gesinnung oder Überzeugung zu den Werten der Bundesverfassung lässt daher noch nicht den Schluss mangelnden Res-

⁵⁶ Zum Begriff der Bürgertugend THÜRER, 2012, 290 ff.

⁵⁷ Vgl. etwa Art. 14 Abs. 4 AsylG und BGE 137 I 128 sowie das unterschiedliche Rentenalter von Mann und Frau.

⁵⁸ BBl 2011 2833 und 2013 2428.

pekts zu. Selbst eine entsprechende Meinungsäusserung ist grundrechtlich geschützt. Werte der Bundesverfassung in Frage zu stellen, genügt genauso wenig wie der Anstoss zu einer friedlichen Veränderung durch Verfassungsrevision in den dafür vorgesehenen Formen des Rechts. So wäre etwa der aktive Einsatz für die Aufhebung von Art. 72 Abs. 3 BV und damit des Minarettverbots nicht untersagt, wobei es ohnehin fraglich erscheint, ob es sich insofern überhaupt um einen zentralen Verfassungswert handelt. Selbst Bestrebungen für die Wiedereinführung der Todesstrafe mit demokratischen Mitteln, insbesondere durch eine Kündigung des entsprechenden Protokolls des Europarats⁵⁹ unter Inkaufnahme des Ausschlusses aus demselben und anschliessender Revision von Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz BV, wären nicht verboten. Analoges gilt für solche zur Einführung einer konstitutionellen Monarchie, für den Einsatz für einen Wechsel vom Bundes- zum Zentralstaat oder für friedliche Aktivitäten zur Abschaffung der Armee und zum Übergang zu einer reinen Friedenspolitik.⁶⁰

Fehlender Respekt zeigt sich erst bei einem gegen die massgeblichen Verfassungswerte gerichteten wirkungsorientierten Verhalten. Es braucht also nebst der mit der Verfassung nicht im Einklang stehenden Überzeugung ein Verhalten, das auch mit entsprechenden Auswirkungen verbunden ist.⁶¹ Dabei dürfte es sich regelmässig um aktives Tun handeln. Öffentliche Aufrufe zu unzulässigem Verhalten können dafür allerdings genügen. Ob reines Unterlassen auch ausreicht, erscheint fraglich; in Betracht fällt das höchstens, wenn analog zum Straf- und Verantwortlichkeitsrecht Garanten- oder Sorgfaltspflichten bestehen, was gegenüber den Werten der Bundesverfassung von vornherein nur ausnahmsweise möglich erscheint, nämlich dann, wenn entsprechende staatliche Funktionen ausgeübt werden. Zwar mag das bei ausländischen Personen eher selten zutreffen. Ihnen stehen aber durchaus gewisse Positionen im öffentlichen Dienst offen. Mitunter können sie sogar, namentlich in den Gemeinden, soweit der Kanton den Ausländerinnen und Ausländern das passive Wahlrecht zuerkennt, auch Legislativ- oder Exekutivaufgaben übernehmen. So können beispielsweise im Kanton Waadt ausländische Personen in die Gemeindeexekutiven («municipalités») gewählt werden, die wiederum für die Verleihung des Gemeindebürgerrechts und damit indirekt der schweizerischen Staatsangehörigkeit zuständig sind.⁶² Sie haben diesfalls auch darüber zu befinden, ob die Einbürgerungskandidaten die Werte der Bundesverfassung respektieren.

Wo die Voraussetzungen strafbaren Handelns, namentlich im Sinne der Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB) sowie der Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen

⁵⁹ Protokoll Nr. 13 vom 3. Mai 2002 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.093.

⁶⁰ Zur Klarstellung sei unterstrichen, dass es sich hier lediglich um Beispiele handelt, die nicht unbedingt der Überzeugung des Verfassers dieses Beitrags entsprechen.

⁶¹ Vgl. BGE 134 I 49 und 56; UEBERSAX, 195.

⁶² Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 294; UEBERSAX, 179.

Frieden (Art. 258 ff. StGB), gegen die Menschlichkeit unter Einschluss des Völkermords (Art. 264 f. StGB) und gegen den Staat (Art. 265 ff. StGB), erfüllt sind, ist ein Eingriff in die Freiheitsrechte allerdings zulässig. Weil damit jedoch gleichzeitig ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit oder zumindest eine Gefährdung derselben vorliegt, braucht es in aller Regel das zusätzliche Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung nicht. Für dieses verbleibt demnach nur ein relativ kleiner Anwendungsbereich. Eine Grauzone besteht allenfalls bei diskriminierenden, aber nicht unbedingt strafrechtlich massgeblichen Meinungsäußerungen. Wer etwa die Genozide an den Armeniern oder von Srebrenica verleugnet⁶³ oder sonstige ähnliche Aussagen von sich gibt, die noch keinen Straftatbestand erfüllen, kann sich dafür auf seine Meinungs- und gegebenenfalls Versammlungsfreiheit⁶⁴ berufen. Allein daraus darf nicht ein Nichtrespektieren der Werte der Bundesverfassung abgeleitet werden, solange die Äußerung nicht mit einem Aufruf zu weiterem diskriminierendem Verhalten verbunden ist. Analoges gilt mit Blick auf die Vereinigungsfreiheit für dadurch geschützte Zusammenschlüsse. Allenfalls könnten sich ausländer- und bürgerrechtliche Folgen in solchen Fällen erneut aus Gründen der öffentlichen Sicherheit rechtfertigen. Es erscheint denn auch angebracht, diesfalls entsprechende Massnahmen eher auf dieses Kriterium zu stützen.

Eine heikle Frage ist, wieweit darauf abzustellen ist, wo das aus Verfassungssicht fragwürdige Verhalten begangen wird bzw. gegen welchen Staat es sich richtet. Ist, anders gefragt, im Ausland erfolgtes Verhalten oder solches, das sich gar nicht direkt gegen die schweizerischen Werte gewendet hat, an diesen oder am heimischen Standard zu messen? Die Antwort muss sich einerseits danach richten, ob es um universelle oder spezifisch schweizerische Werte geht. Andererseits können besondere schweizerische Ausprägungen bei Auslandsbezug nicht uneingeschränkt Anwendung finden. Die entsprechenden Anforderungen sind an der konkreten Ausgangslage des Einzelfalls und am zu erteilenden Status zu messen. Würden etwa die spezifischen schweizerischen Anforderungen an demokratisch-rechtsstaatliche Strukturen für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen als Massstab genommen, wäre die Erteilung vieler Bewilligungen an Menschen mit ausser-europäischer Herkunft von vornherein ausgeschlossen. Bei der Einbürgerung lässt sich ein strengeres Mass anwenden. Analoges gilt für die Beachtung der Menschenrechte. Universell anerkannte Mindestanforderungen dürfen freilich immer verlangt werden. Insgesamt dürfen die Erwartungen aber auch nicht überzogen sein und müssen vorhersehbar bleiben. Dass diese Abgrenzung schwierig ist, lässt sich nicht übersehen. Die Verantwortlichkeit für sonstige soziale oder ökologische Verfehlungen im In- und Ausland belegt schliesslich für sich allein noch keinen mangelnden Respekt vor den hiesigen

⁶³ Dazu das Urteil des EGMR Nr. 27510/08 vom 15. Oktober 2015 i.S. Perinçek gegen die Schweiz; BGE 145 IV 23.

⁶⁴ ERRASS, N 28.

Verfassungswerten. Dafür bräuchte es erschwerende Umstände, woran auch eine Verfassungsbestimmung zur Konzernverantwortung grundsätzlich kaum etwas ändern würde.⁶⁵

VI. Einzelne Tatbestände

Die nachfolgende Darstellung einzelner Tatbestände erhebt keinen Ausschliesslichkeitsanspruch. Es handelt sich vielmehr um die bisher im vorliegenden Zusammenhang meist genannten und eventuell tatsächlich praktisch wichtigsten Anwendungsfälle. Andere Konstellationen bleiben jedoch vorbehalten.

A. Respektierung der demokratisch-liberalen Grundordnung

Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind, wie dargelegt, zentrale Werte der Schweiz. Umstürzlerische Verhaltensweisen, die sich dagegen richten, kennzeichnen sich daher als mangelnde Respektierung verfassungsmässiger Grundwerte. Gemäss den Weisungen des SEM können auch öffentliche Propagandaaktionen, welche die Interessen der freiheitlichen Demokratie und des Rechtsstaats gefährden, gegen die schweizerischen Ordnungsvorstellungen verstossen, da die Befolgung dieser Ordnungsvorstellungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens anzusehen sei.⁶⁶ Es kann aber nicht verboten sein, sich politisch für rechtsstaatlich verankerte und vertretbare Beschränkungen von Freiheitsrechten oder demokratischen Verfahren einzusetzen, beispielsweise für strengere Freiheitsstrafen bei bestimmten Delikten oder für einen Abbau von Volksrechten. Selbst die Vertretung von aussenpolitisch heiklen Themen kann verfassungsrechtlich geschützt sein.⁶⁷ Zu beachten ist insbesondere, dass auch parlamentarische Staatssysteme demokratisch sind, solange die Volkswahl bei den Parlamenten gewährleistet ist. Selbst in der Bundesversammlung kommt es immer mal wieder zu Vorstössen, die rechtsstaatlich bedenklich sind, etwa die Überweisung einer Motion zur Aufhebung des Rückschiebungsverbots gegenüber Terroristen, was gegen das absolute Refoulementverbot und damit gegen zwingendes Völkerrecht verstossen würde,⁶⁸ was genau genommen eine krasse Missachtung der schweizerischen Verfassungs-

⁶⁵ Vgl. die eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2015 3245, 2016 8107 und 2017 6335, Geschäftsnr. 17.060 der Bundesversammlung.

⁶⁶ SEM, Weisungen und Erläuterungen I. Ausländerbereich, Zif. 3.3.1.2.

⁶⁷ BGE 138 I 274 E. 2 und 3 S. 281 ff.

⁶⁸ Vgl. die vom Nationalrat am 19. September 2018 und vom Ständerat am 19. März 2019 angenommene Motion Nr. 16.3982 über die Ausweisung von Terroristinnen und Terroristen in ihre Herkunftsländer, unabhängig davon, ob sie als sicher gelten oder nicht; MÄRKLI/WYSS, 550 ff.

werte bedeutet. Auch Volksinitiativen oder Petitionen können über rechtsstaatlich fragwürdige Inhalte verfügen, ohne dass dies bereits eine grundsätzliche Infragestellung des Rechtsstaats bedeuten muss, wobei sich die schädliche Wirkung mitunter über eine verfassungs- oder völkerrechtskonforme Auslegung abmildern lässt.

Zentral ist sodann, dass Private, Notsituationen ausgenommen, auf Gewalt zu verzichten haben, ansonsten sie die Werte der Bundesverfassung missachten.⁶⁹ Eine gewisse minimale Schwere des Verhaltens ist aber erneut erforderlich. Namentlich belegen grossspurige Aussagen Gewaltbereitschaft noch nicht, können diese jedoch allenfalls indizieren. Wer allerdings als Hooligan oder Mitglied einer Gang an Gewaltakten beteiligt ist oder entsprechende Gewaltbereitschaft zeigt, verletzt massgebliche Verfassungswerte. Angesprochen ist auch häusliche Gewalt. Meist dürfte bei Gewaltanwendung freilich bereits ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorliegen, in welchem Fall das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung zurückzustehen hat. Nicht dazu zählt hingegen der gewaltfreie zivile Ungehorsam, selbst wenn dieser staatlich sanktioniert wird. Gewissenstäter, die in verhältnismässiger Weise aus nachvollziehbaren ethischen Gründen handeln, darf nicht mangelnder Respekt vor der Bundesverfassung vorgehalten werden, insbesondere wenn sie damit andere Verfassungswerte verteidigen und gegebenenfalls Legitimationsprobleme thematisieren.⁷⁰ Zu denken sei hier etwa an den Pfarrer ausländischer Nationalität, der Flüchtlingen Kirchenasyl gewährt. Auch insoweit sind Abgrenzungsprobleme vorprogrammiert.

Bei den erfassten Verhaltensweisen erscheint klar, dass aktive Handlungen, welche die schweizerische demokratische und freiheitliche Grundordnung unterlaufen, massgeblich sind. Heikler erscheint die Frage, ob auch die passive oder aktive Unterstützung eines totalitären Regimes im Heimat- oder Herkunftsstaat genügt. Würde dies jedoch gelten, könnten kaum mehr ausländerrechtliche Bewilligungen an Nichtoppositionelle aus totalitären Staaten ausgestellt werden, was wirtschafts- und aussenpolitisch kaum vertretbar erscheint und auch den Dialog mit den betreffenden Staaten erschwert. Es muss daher wohl verlangt werden, dass sich das verpönte Verhalten zumindest negativ auf die Schweiz auswirkt oder dass eine eigene Beteiligung an verwerflichen Handlungen, insbesondere an Gewaltakten, Folterungen oder sonstigem einschlägigem Verhalten, im Heimat- oder Herkunftsstaat vorliegt. Ein Grenzbereich könnte insofern bewaffneter Widerstand gegen totalitäre Regimes bilden, solange er sich nicht gegen Unbescholtene richtet. Strengere Anforderungen lassen sich allenfalls bei der Einbürgerung vertreten. Wer ein totalitäres Regime zuhause unterstützt hat, ohne selbst an verwerflichen Hand-

⁶⁹ DI DONATO, 64.

⁷⁰ FALLER, 8 ff.; MÜLLER, 139 ff.; RHINOW, 1984b, 501 f.

lungen mitgewirkt zu haben, muss sich vom Totalitarismus zumindest glaubwürdig los-sagen, um die schweizerische Staatsangehörigkeit erhalten zu können.

Schliesslich rechtfertigt sich noch ein Blick auf die Sozialverfassung. Die blosser Inanspruchnahme sozialstaatlicher Leistungen belegt keinen mangelnden Respekt gegenüber der Bundesverfassung, sondern lässt sich im Gegenteil daraus ableiten und steht damit im Einklang. Das gilt insbesondere für den rechtmässigen Bezug von Sozialversicherungsleistungen. Aber auch der Bezug von Sozialhilfe lässt sich mit Blick auf Art. 12 und 115 BV nicht als Missachtung von Verfassungswerten beurteilen. Soll er als Kriterium mangelnder Integration gewürdigt werden, muss das separat als eigenes Tatbestandselement entsprechend definiert sein.⁷¹

B. Respektierung der Grundrechte

Erfasst werden die Grundrechte der Bundesverfassung sowie die universellen Werte des internationalen Menschenrechtsschutzes. Gemäss den Weisungen des SEM belegen Verstösse gegen solche Rechte eine mangelnde Respektierung von Verfassungswerten. Dazu seien Bekenntnisse oder ein Verhalten von Ausländerinnen und Ausländern zu zählen, die Grundrechte missachten oder in Frage stellen, wie beispielsweise mangelnde Toleranz gegenüber anderen Gruppierungen oder Religionen oder die Befürwortung von Zwangsheiraten, Beschneidungen oder die Verletzung der persönlichen Freiheit und Integrität. Sodann nennen die Weisungen die pauschale öffentliche Verunglimpfung von Minderheiten, Angehörigen einer bestimmten Religion oder Menschen einer bestimmten sexuellen Orientierung sowie die Missachtung der Gleichstellung von Mann und Frau.⁷²

Die Grundrechte richten sich freilich grundsätzlich gegen den Staat. Es ist nicht zulässig, Grundrechte durch Auslegung in Grundpflichten umzuwandeln. Nach Art. 35 Abs. 3 BV sorgen die Behörden zwar dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Diese sind aber nur dann grundrechtsverpflichtet, wenn die Grundrechte mit Horizontalwirkung versehen sind, entweder direkt durch entsprechende Anordnung in der Verfassung selbst oder indirekt durch gesetzliche Regelung. Hauptsächliches Grundrecht mit direkter verfassungsrechtlicher Drittwirkung ist der Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Lohn-gleichheitssatz in Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV).

Die meisten in den Weisungen des SEM genannten Verhaltensweisen stehen in der Schweiz unter Strafe und lassen sich insoweit als durch indirekte Horizontalwirkung der

⁷¹ Vgl. etwa Art. 33 Abs. 3 (i.V.m. Art. 62 Abs. 1) und Abs. 4 sowie Art. 34 Abs. 2 lit. b (i.V.m. Art. 62 oder 63 Abs. 2) und lit. c AIG, Art. 77e VZAE e contrario und Art. 7 Abs. 3 BÜV.

⁷² SEM, Weisungen und Erläuterungen I. Ausländerbereich, Zif. 3.3.1.2.

berührten Grundrechte geschützt verstehen. Beim Verbot der Zwangsheirat gilt dies etwa für die Ehefreiheit (Art. 14 BV) und bei Beschneidungen für die persönliche Freiheit (Art. 10 BV). Dies ist unproblematisch, wenn die entsprechenden Handlungen in der Schweiz strafbar sind. Diesfalls stellen sie aber bereits einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung dar. Einzig wenn eine Strafverfolgung in der Schweiz ausser Betracht fällt, etwa weil die Handlungen in der Heimat begangen wurden, erscheint allenfalls der Rückgriff auf den Tatbestand des mangelnden Respekts gegenüber den Werten der Bundesverfassung erforderlich. Allerdings kann dabei auch nicht alles aus schweizerischer Warte verpönte Verhalten massgeblich sein, wäre ansonsten die Zulassung von Menschen aus etlichen anderen Kulturkreisen von vornherein ausgeschlossen. Die Beteiligung an fragwürdigen Geschäftspraktiken im Ausland zu berücksichtigen, fällt wohl nur in Betracht, wenn es sich um illegale oder eindeutig ausbeuterische bzw. menschenverachtende Vorgänge handelt. Im Übrigen erscheinen das Ausländer- und das Einbürgerungsrecht nur bedingt geeignet, schweizerische Menschenrechtsstandards im Ausland durchzusetzen.

Trotz der unbestreitbaren Bedeutung der Grundrechte darf nicht übersehen werden, dass im Privatbereich weitgehend Autonomie gilt. Dazu gehört, dass sich Private, soweit dies nicht ausdrücklich gesetzlich untersagt wird, durchaus willkürlich oder rechtsungleich verhalten dürfen. So ist es etwa grundsätzlich nicht verboten, als Eigentümer eines Gebäudes mit Mietraum diesen nur Landsleuten zur Verfügung zu stellen. Soweit der Ausschluss von Frauen aus Vereinigungen noch verfassungsrechtlich zulässig ist, kann auch ein solches Vorgehen nicht als Missachtung der Verfassungswerte eingestuft werden.⁷³ Erst bei eigentlich diskriminierenden Handlungen gegenüber besonders gefährdeten Gruppen, also namentlich aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, wegen Religionszugehörigkeit, Alters, der sexuellen Orientierung oder Behinderung, fällt mangelnder Respekt gegen Verfassungswerte in Betracht. Die Unterscheidung von zulässigem und rassistischem oder diskriminierendem Verhalten, insbesondere von solchem nach der Herkunft, erscheint aber nicht immer selbst erklärend. Dieser, auch für Schweizerinnen und Schweizer mitunter nicht einfache Umgang mit Minderheiten dürfte oft wegleitend sein für die Würdigung der Respektierung der Werte der Bundesverfassung.

Regelmässig erwähnt wird in diesem Zusammenhang die Gleichbehandlung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 2 BV). Das scheint aufgrund eines verbreiteten Misstrauens gegenüber patriarchalen, meist religiös bedingten Familienformen zum im allgemeinen Verständnis vorrangigen Tatbestand der Verfassungswerte zu werden. Vor dem Hintergrund, dass es sich dabei in der Schweiz um das zweitjüngste Grundrecht – nach dem Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) – mit erst rund 35-jähriger Geschichte handelt, kann das überraschen. Art. 8 Abs. 2 BV kommt jedoch abgesehen vom Lohnleichheitssatz keine

⁷³ Vgl. den allerdings nicht unproblematischen BGE 140 I 201.

Drittwirkung zu. Eine patriarchale Familienorganisation mag zwar nicht mehr zeitgemäss sein, ist aber auch bei Schweizerinnen und Schweizern noch anzutreffen und weder untersagt noch strafbar, obwohl das Recht nunmehr an sich flächendeckend die Gleichbehandlung der Geschlechter anstrebt. Auch arrangierte Ehen, also solche, die von Dritten organisiert, aber im Einverständnis beider Partner geschlossen werden, sind im Unterschied zu Zwangsheiraten weder verboten noch bedeuten sie einen Verstoß gegen zentrale Verfassungswerte. Selbst der Gesetzgeber hat Gleichstellung noch nicht in allen Bereichen geschaffen; verwiesen sei hier nur auf weiterhin bestehende Ungleichheiten etwa bei der Besteuerung oder beim Rentenalter. In Politik, Gesellschaft und Wirtschaft ist die faktische Gleichstellung der Frauen bekanntlich ebenfalls noch nicht erreicht. Vor diesem Hintergrund erscheint das Kriterium nicht unproblematisch. Soll davon auch der ausländische Unternehmer oder Geschäftsführer (CEO) erfasst werden, in dessen Betrieb die Frauen nachweislich geringere Aufstiegschancen haben und durchschnittlich tiefere Löhne erhalten, ohne dass sich ein gerichtlich durchsetzbarer Verstoß gegen die Lohngleichheitsbestimmung nachweisen lässt, wie das in der Schweiz noch verbreitet zutrifft? Es ist hierzu wohl von einer nicht unbedeutenden Grauzone auszugehen, solange die Gleichstellung der Geschlechter auch in der Schweiz nicht umfassend realisiert ist. Massgeblich erscheint das Kriterium jedoch dann, wenn die Ungleichbehandlung stossende Formen annimmt und zu einer eigentlichen Unterdrückung der Frau führt oder offensichtlich gegen ihren Willen erfolgt, ohne dass sie eine erfolgversprechende Chance hat, sich dagegen zu wehren.

Es geht hier nicht darum, die Tragweite der Geschlechtergleichheit zu relativieren. Diese ist verfassungsrechtlich geboten und umzusetzen. Im Vordergrund steht im vorliegenden Zusammenhang jedoch die soziale Gleichstellung von Frau und Mann. Art. 8 Abs. 2 BV verpflichtet die Behörden und insbesondere den Gesetzgeber zu entsprechenden Massnahmen. Daraus lassen sich nur indirekt rechtliche Verpflichtungen der Individuen ableiten.⁷⁴ Die ausländer- und bürgerrechtliche Anforderung, die Geschlechtergleichheit zu beachten, kann zwar allenfalls als staatliche Massnahme gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verstanden werden; sie darf gegenüber ausländischen Personen aber nicht weitergehen als sie auch gegenüber Schweizerinnen und Schweizern gilt, ansonsten sie selbst diskriminierend wäre, gibt es doch für eine diesbezügliche Unterscheidung keine sachliche, insbesondere migrationsrechtliche Rechtfertigung. Insofern ist die Tragweite der den ausländischen Personen obliegenden Pflicht zur Beachtung der sozialen Gleichbehandlung der Geschlechter als Verfassungswert von vornherein beschränkt.

Analoges muss bei der Frage des Tragens eines Kopftuchs gelten. Solange dies freiwillig und in zulässiger Weise erfolgt, lässt sich daraus kein mangelnder Respekt gegenüber

⁷⁴ WALDMANN, N 103 ff.

Verfassungswerten ableiten.⁷⁵ Im Gegenteil steht dieses Verhalten selbst unter grundrechtlichem Schutz, insbesondere der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV,⁷⁶ ausser wenn sich ein Verbot in besonderen Situationen, namentlich bei Lehr- und Gerichtspersonen, verfassungsrechtlich rechtfertigt.⁷⁷ Auch bei der gesichtsverhüllenden Kleidung ist auf die geltende Verfassungslage abzustellen. Sein Gesicht zu zeigen, ist in der Schweiz zwar durchaus üblich und erwünscht, stellt aber nicht einen zentralen Verfassungswert dar. Allerdings darf der Staat grundsätzlich die Gesichtsverhüllung in der Öffentlichkeit verbieten.⁷⁸ Solange der Bund das jedoch nicht tut, belegt ein solches Verhalten keinen mangelnden Respekt gegenüber der Bundesverfassung. Ob ein kantonales Verbot wie dasjenige im Kanton Tessin, das immerhin von der Bundesversammlung gewährleistet und teilweise auch vom Bundesgericht sanktioniert wurde,⁷⁹ daran etwas zu ändern vermag, erscheint fraglich. Die Verfassungslage in der Schweiz ist zurzeit freilich im Fluss, und es wird abzuwarten sein, welche Regelung sich durchsetzt.⁸⁰ Wenn ein Mann seiner Frau aber die Gesichtsverhüllung oder das Tragen eines Kopftuchs gegen ihren Willen aufzwingt, ist das relevant und zu seinen Ungunsten zu werten; sie nicht daran zu hindern, das freiwillig zu tun, verstösst demgegenüber nicht gegen die Werte der Bundesverfassung.⁸¹ Fraglich erschiene, ob es allenfalls zulässig wäre, bei der Einbürgerung alternativ in Betracht zu ziehen, das Tragen einer gesichtsverhüllenden Bekleidung als mangelndes Vertrautsein mit den schweizerischen Lebensverhältnissen gemäss Art. 11 lit. b BÜG zu würdigen; auch insofern bräuchte es allerdings eine Abwägung mit den Verfassungsrechten der betroffenen Personen.

C. Insbesondere Extremismus und Radikalismus

Die Beurteilung von extremistischem oder radikalem Gedankengut ist heikel. Gemäss dem Bundesrat sollen diejenigen politischen Richtungen erfasst werden, welche die Werte der freiheitlichen Demokratie und des Rechtsstaats ablehnen, und richtet sich

⁷⁵ BGE 134 I 49 E. 3.2 S. 53 ff.

⁷⁶ BGE 142 I 49; HÄNNI, 5 ff.; HESELHAUS, 32 f.

⁷⁷ BGE 123 I 296; Urteil des EGMR Nr. 42393/98 vom 15. Februar 2001 i.S. Dahlab gegen Schweiz; Urteil des Bundesgerichts 2C_546/2018 vom 11. März 2019; dazu ALBRECHT, Rz. 1 ff., insbes. Rz. 6 ff.; ENGI, 2019, 201 ff.; DERS., 2017, 420 ff.; HESELHAUS, 31 f.; JOLLER, 115 ff.

⁷⁸ Urteile des EGMR Nr. 43835/11 vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen Frankreich sowie Nr. 37798/13 vom 11. Juli 2017 i.S. Belcacemi und Oussar gegen Belgien und Nr. 4619/12 vom 11. Juli 2017 i.S. Dakir gegen Belgien; HESELHAUS, 37 ff.

⁷⁹ BBI 2015 3035; BGE 144 I 281; kritisch zum Tessiner Verbot VORPE, Rz. 1 ff.

⁸⁰ Vgl. die eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», BBI 2016 1669 und 2017 6447, sowie den indirekten Gegenvorschlag des Bundesrats, BBI 2019 2913.

⁸¹ Vgl. BGE 134 I 56 E. 5.2 S. 62 ff.

religiöser Extremismus gegen die staatlich garantierte Religions- und Kultusfreiheit.⁸² Diese Definition ist allerdings nicht sehr griffig, und die Meinungsfreiheit schützt grundsätzlich auch solche Überzeugungen. Massgeblichkeit wird erneut erst dann erreicht, wenn es zu einem den Verfassungswerten zuwiderlaufenden wirkungsorientierten Verhalten kommt. Das kann bei hetzerischem Verhalten oder Aufruf zu Diskriminierungen in Reden, Publikationen oder in sozialen oder sonstigen Medien zutreffen, sofern eine gewisse Schwere erreicht wird. Werden dadurch Straftatbestände erfüllt wie die Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 StGB) oder die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB), liegt bereits ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder eine Gefährdung derselben oder der öffentlichen Sicherheit vor. Jedenfalls kann es nicht auf die politische Ausrichtung ankommen. Es ist mithin nicht von Bedeutung, ob es um linke, rechte, ökologische, islamistische oder sonstige religiöse, auch christliche, Anliegen geht. Entscheidend ist einzig, ob die freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung effektiv gefährdet wird und durch totalitäre, gewalttätige oder diskriminierende Strukturen ersetzt werden soll. Die Mitwirkung in einer entsprechenden militanten Organisation kann massgeblich sein.⁸³ Die mit der Erhebung solcher Sachverhalte verbundenen Schwierigkeiten sind vom Staatsschutz her bekannt. Es erscheint fraglich, ob die Ausländer- und Bürgerrechtsbehörden geeignet und fähig sind, allein die Gefahren des Extremismus und Radikalismus zu erkennen und korrekt zu beurteilen. Regelmässig dürfte sich hierzu eine Zusammenarbeit mit den Sicherheitsbehörden rechtfertigen, wobei deren Einschätzungen allerdings auf Nachvollziehbarkeit und Massgeblichkeit für die ausländer- und bürgerrechtlichen Fragestellungen zu hinterfragen sind. Dafür ist eine besondere Sensibilisierung gefragt.

D. Respektierung von Grundpflichten

Schliesslich soll auch die Missachtung von Grundpflichten mangelnden Respekt gegenüber zentralen Verfassungswerten offenbaren können. Die Weisungen des SEM erwähnen dazu unter Verweis auf die Rechtsprechung namentlich die Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule (Art. 19 BV), wozu alle vorgeschriebenen Unterrichtsteile und -veranstaltungen unter Einschluss des Sport- und Schwimmunterrichts gehören sollen. Das kann allerdings nur dann zutreffen, wenn es um eine grundsätzliche Unterrichtsverweigerung geht, die sich nicht begründet rechtfertigen lässt. Das Verpassen einzelner Schulstunden kommt verbreitet vor, und häufig verfassen Eltern dafür unberechtigte Entschuldigungen. Gemeint ist wohl vor allem das Nichtbesuchen des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts aus religiösen Gründen unter Missachtung der Verweigerung eines Dispenses. Dass sich die Betroffenen diesfalls nicht oder nur bedingt

⁸² BBl 2011 2833.

⁸³ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1D_8/2010 vom 25. Januar 2011.

auf ihre Verfassungsrechte berufen können, hat das Bundesgericht zwar entschieden, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies abgesegnet.⁸⁴ Umgekehrt können Schuldspense aus religiösen Gründen aber verfassungsrechtlich geboten sein.⁸⁵ Es ist daher problematisch, allein aus der Verweigerung des Schwimmunterrichts oder von anderen Schulstunden bereits auf eine Verletzung der Grundwerte der Verfassung zu schliessen. Es besteht die Gefahr, diesem Verhalten eine überzogene Bedeutung zuzumessen. Es sind daher alle Umstände des Einzelfalls gebührend abzuwägen.

Analoges gilt für die in den Weisungen des SEM ebenfalls genannte Ablehnung anerkannter Formen von Respektsbekundungen gegenüber Lehrpersonen oder Mitarbeitenden von Behörden.⁸⁶ Unklar ist, ob sich das nur auf schweizerische oder auch auf ausländische Behörden bezieht. Respektvoller Umgang mit den Behörden und dem Lehrpersonal ist zwar durchaus erwünscht, gehört aber zu Anstand und Sitte und stellt nicht einen Wert der Bundesverfassung dar. Zudem ist offen, was unter den Begriff der anerkannten Formen fallen soll. Gilt das insbesondere nur für gesamtschweizerische oder ebenfalls für regionale Verhaltensweisen? Die Erwartungen an die Verfassungswerte sollten und dürfen nicht überhöht werden. Soweit insbesondere die Handschlagsverweigerung gemeint sein sollte, erscheint es unzulässig, daraus eine Missachtung der Werte der Bundesverfassung abzuleiten.⁸⁷ Etwas anderes gilt bei Gewalttätigkeit sowie allenfalls, wenn bewusst und erkennbar eine diskriminierende Wirkung beabsichtigt wird, erneut namentlich gegenüber Personen anderer Rasse oder anderen Geschlechts oder wegen Religionszugehörigkeit, Alters, sexueller Orientierung oder Behinderung. Das dürfte regelmässig nicht einfach nachzuweisen sein. Auch in diesem Zusammenhang ist demnach Zurückhaltung zu üben.

Beachtlich ist ferner die Steuerpflicht.⁸⁸ Diese ist in der Bundesverfassung zwar nicht positiv verankert, ergibt sich aber indirekt durch die Steuerkompetenzen von Bund und Kantonen (vgl. Art. 127 ff. BV).⁸⁹ Fraglich ist insbesondere, inwieweit wegen Steuerhinterziehung auf mangelnden Respekt gegenüber den Werten der Bundesverfassung geschlossen werden darf. Steuerhinterziehung ist zwar in der Schweiz nicht strafbar, aber auch nicht zulässig; im Heimat- oder Herkunftsstaat kann sie überdies ein Strafdelikt darstellen. Widerspricht nun eine dort strafbare Steuerhinterziehung im Heimatland den Werten der Bundesverfassung? Es dürfte angebracht sein, hier nach den Umständen des

⁸⁴ Urteil des EGMR Nr. 29086/12 vom 10. Januar 2017 i.S. Osmanoglu und Kocabas gegen die Schweiz; BGE 135 I 79; Urteile des Bundesgerichts 2C_666/2011 vom 7. März 2012 und 2C_1079/2012 vom 11. April 2013 E. 3.6, ZBI 114/2013, 464.

⁸⁵ BGE 114 Ia 129; 117 Ia 311; 134 I 114; HESELHAUS, 33 ff.

⁸⁶ SEM, Weisungen und Erläuterungen I. Ausländerbereich, Zif. 3.3.1.2.

⁸⁷ Dazu HESELHAUS, 41 ff.; KÜHLER, 55 ff., insbes. 90 ff.

⁸⁸ Vgl. Handbuch Bürgerrecht für Gesuche ab 1.1.2018, Kapitel 3: ordentliche Einbürgerung, 43 f.

⁸⁹ KOCHER, 447 f.

Einzelfalles zu werten. Jedenfalls erscheint ein hinterzieherisches Verhalten mindestens genauso staatschädigend wie mangelnder Respekt gegenüber Behörden. Damit von einer Missachtung verfassungsmässiger Werte ausgegangen werden kann, braucht es aber eine besondere Vorwerfbarkeit bzw. ein qualifiziertes Verhalten, also eine nicht aus blosser Nachlässigkeit begangene Steuerhinterziehung von einer gewissen Schwere. Auch insofern bleiben Fragen offen.

In Einbürgerungsverfahren lässt sich sodann bei Männern, wenn sie altersmässig davon betroffen sind, die Respektierung der künftigen Wehr- und Ersatzdienstpflicht nach Art. 59 BV berücksichtigen, soweit dies im Voraus möglich ist. Wenn sich jedoch jemand unter grundsätzlicher Anerkennung der Dienstpflicht auf eine potentielle Untauglichkeit beruft, darf ihm das nicht entgegengehalten werden, solange es sich nicht als offensichtlich missbräuchlich erweist. Auch darf er sich unbeschadet die entsprechenden Rechte⁹⁰ vorbehalten.

Abschliessend rechtfertigt sich ein Hinweis auf das Prinzip der individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung nach Art. 6 BV. Als negatives Kriterium gibt diese allgemeine Pflichtnorm wohl wenig her. Hingegen kann es positiv gewürdigt werden, wenn jemand durch besonderes Pflichtbewusstsein und entsprechenden Einsatz aufgefallen ist, so namentlich durch Übernahme freiwilliger Aufgaben, etwa in der Feuerwehr oder durch die Betreuung älterer oder behinderter Menschen oder durch sonstigen Sozialdienst.

VI. Verfassungsrechtliche Schranken

Die Behörden sind bei der Anwendung des Tatbestands der Respektierung der Werte der Bundesverfassung nicht frei, sondern ihrerseits an die Verfassung und insbesondere die Grundrechte gemäss Art. 7 ff. BV und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV sowie das Völkerrecht gebunden. Was das im Zusammenhang mit der Auslegung des Tatbestands bedeuten kann, wurde bereits aufgezeigt. Eine spezielle Herausforderung stellt darüber hinaus das Rechtsgleichheitsgebot dar. Die gängigen Integrationskriterien weisen eine latente Gefahr ungleicher Behandlung auf,⁹¹ was nicht anders für dasjenige der Respektierung der Verfassungswerte gilt. So darf es etwa aufgrund von Verdachtsmomenten bei der Abklärung und der allfälligen Berücksichtigung des gestützt darauf erwiesenen Vorwurfs, die Tochter in der Heimat zwangsverheiratet zu haben, keinen Unterschied danach geben, ob es sich um eine wohlhabende Person, um einen Expat einer internationalen Unternehmung oder um jemanden mit gerade genügenden

⁹⁰ Vgl. etwa das Urteil des EGMR Nr. 13444/04 vom 30. April 2009 i.S. Glor gegen die Schweiz.

⁹¹ ACHERMANN, Rz. 11.

finanziellen Mitteln im Familiennachzug handelt. Das hat auch bei der Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen mit privilegierter Zulassung zu gelten, unter Einschluss von pauschalbesteuerten Personen gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG.

Da eine Bewilligungsverweigerung überdies verhältnismässig sein muss, braucht es dafür immer eine Interessenabwägung, in der eine allfällige Missachtung der Verfassungswerte gemessen an ihrer Schwere zusammen mit eventuellen weiteren öffentlichen gegenüber den privaten Interessen der betroffenen Person abzuwägen ist. Von Belang sind mit Blick auf Art. 13 BV und Art. 8 EMRK insbesondere die familiären und persönlichen Verhältnisse. Mangelnder Respekt gegenüber den Werten der Bundesverfassung für sich allein, vor allem wenn er nicht besonders ausgeprägt ist, rechtfertigt somit nicht in jedem Fall die Nichterteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung. Bei der Einbürgerung verbleibt den Behörden insofern ein grösserer Spielraum, doch müssen sie auch diesfalls zumindest das Willkür- und das Diskriminierungsverbot beachten.⁹² Im Übrigen kann es das Verhältnismässigkeitsprinzip im Sinne eines Stufenmodells nahe legen, nach dem Status zu unterscheiden. Je mehr Rechte mit dem angestrebten Rechtsstatus verliehen werden, desto höhere Anforderungen dürfen gestellt werden.⁹³ So kann bei der erstmaligen Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung nicht derselbe Massstab zur Anwendung gelangen wie bei deren Verlängerung oder bei der späteren Gewährung der Niederlassungsbewilligung. Wer noch gar nicht da ist, kann sich auch noch nicht eingliedern.⁹⁴ Bei der ersten Bewilligung ist die Beweislage überdies regelmässig deutlich weniger ergiebig und muss es häufig bei Meinungsäusserungen sein Bewenden haben, die für eine Bewilligungsverweigerung aber selten genügen dürften, es sei denn, es lägen deutliche Belege für die massgebliche Missachtung der Werte der Bundesverfassung vor. Meist wird wohl auf Bekundungen über die Bereitschaft, sich zu integrieren, abzustellen sein. Wenn es keine handfesten Nachweise für mangelnden Respekt gibt, muss im Zweifel die ausdrücklich bekundete Bereitschaft genügen, sich an die Werte der Bundesverfassung zu halten. Allenfalls fällt die Unterzeichnung einer entsprechenden Erklärung in Betracht. Bei ausländerrechtlichen Bewilligungen kann dies namentlich im Rahmen einer Integrationsvereinbarung nach Art. 58b AIG erfolgen; bei der Einbürgerung kommt einer solchen Äusserung eher symbolischer Gehalt zu. Im Verlauf der Zeit lässt sich bei späteren Bewilligungsentscheiden prüfen, ob dieser Bereitschaft auch Folge geleistet wurde. Es entspricht einer gewissen Logik, für die Einbürgerung die strengsten Anforderungen zu stellen und dafür davon auszugehen, dass die Respektierung der Verfassungswerte verinnerlicht ist. Überzogene Anforderungen sind aber auch hier unzulässig.

⁹² Vgl. bspw. BGE 138 I 305 (zum Willkürverbot); 139 I 169 (zum Diskriminierungsverbot).

⁹³ ACHERMANN, Rz. 11; BBI 2013 2405.

⁹⁴ Vgl. BIANCHI, 59.

Würdigung

Die Hauptwirkung der im Gesetz vorgesehenen Pflicht zur Beachtung der Werte der Bundesverfassung geht in eine Richtung, die für den Gesetzgeber vermutlich gar nicht im Vordergrund gestanden hat. Das Gesetz verbietet indirekt, Anforderungen an ausländische Personen zu stellen, die über die Verfassungswerte hinausgehen, sich also insbesondere auf kulturelle oder sonstige Wertvorstellungen beziehen. Das Gesetz setzt damit zu allererst überhöhten Erwartungen und Anforderungen durch die Behörden Grenzen und bindet damit auch überzogene Vorstellungen in der Bevölkerung zurück, die häufig in einem religiösen Zusammenhang stehen.⁹⁵ In der Form einer direkt an die betroffenen ausländischen Personen gerichteten Anforderung erscheint der Rückgriff im Gesetz auf die Werte der Bundesverfassung als Kriterium für ausländer- und bürgerrechtliche Massnahmen problematisch. Im Grunde genommen fragt es sich, ob die Anforderung, die Werte der Bundesverfassung zu beachten, im straffreien Bereich nicht weitgehend grundrechtswidrig und damit überhaupt untauglich ist. Die Schwierigkeit liegt darin, dass sich die verpflichtende Wirkung der Verfassung in erster Linie an die Staatsorgane und nur ausnahmsweise an die Bürgerinnen und Bürger richtet, denen die Verfassung vor allem Rechte zugesteht. Allein durch Auslegung dürfen Rechte nicht in Pflichten umgewandelt werden. Die Verfassung erscheint daher nur bedingt geeignet, um daraus Handlungsanweisungen für die Privaten abzuleiten, wie das hier ausschliesslich gegenüber ausländischen Personen vorgesehen wird. Damit korrekt umzugehen, stellt hohe Anforderungen. Es ist zumindest fraglich, ob dem Gesichtspunkt, die Werte der Bundesverfassung zu respektieren, eine wesentliche Funktion zukommt, die nicht bereits durch die anderen gesetzlichen Voraussetzungen wie namentlich den Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die Gefährdung derselben oder der öffentlichen Sicherheit und bei der Einbürgerung allenfalls durch das Vertrautsein mit den schweizerischen Verhältnissen abgedeckt sind. Jedenfalls ist das Kriterium insofern subsidiär und stark einzelfallabhängig und es darf nur mit grösster Zurückhaltung Anwendung finden. Es kann lediglich insoweit zulässig sein, als es sich auf die zentralen Verfassungswerte bezieht, ein Hintertreiben derselben durch wirkungsorientiertes Verhalten erfasst, reine Überzeugungen unberücksichtigt lässt und damit nicht zur Gesinnungskontrolle verkommt. Die Gedanken sind frei, ebenso die Meinungen im Rahmen des entsprechenden Verfassungsrechts. Dieses belässt dafür mit Grund einen sehr grossen Freiraum, und zwar auch für Ausländerinnen und Ausländer unter Einbezug der Einbürgerungswilligen. Und nicht jedes unerwünschte oder diskutabile Verhalten bedeutet mangelnden Respekt gegenüber den Verfassungswerten. Wer das verkennt, verstösst selbst gegen die Grundwerte der Bundesverfassung. Glaubwürdig die Beachtung der schweizerischen Verfassungswerte ein-

⁹⁵ So schon KÄLIN, 30 f.

zufordern, setzt in diesem Sinne auch voraus, mit gutem Beispiel voranzugehen, so wie das Etienne POLTIER seit jeher vorlebt.

Literatur

- ACHERMANN Alberto, in: Caroni *et al.* (Hrsg.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, 2010, Art. 4.
- ACHERMANN Alberto / AMARELLE Cesla, in: Nguyen/Amarelle (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II: *Loi sur les étrangers (Letr)*, 2017, Art. 4 LEtr.
- ACHERMANN Alberto / KÜNZLI Jörg, *Welcome to Switzerland*, 2011.
- ALBRECHT Peter, Justiz mit Kopftuch?, *Jusletter* 19. August 2019.
- AUBERT Jean-François, *La Constitution, son contenu, son usage*, 1991.
- BELSER Eva Maria, in: Waldmann *et al.* (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, Einleitung.
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2. Aufl., 2017 (zitiert BIAGGINI, 2017).
- BIAGGINI Giovanni, § 7 Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, und § 8 Die Bundesverfassung in: Biaggini *et al.* (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. Aufl., 2015 (zitiert BIAGGINI, 2015).
- BIANCHI Doris, *Die Integration der ausländischen Bevölkerung, Der Integrationsprozess im Lichte des schweizerischen Verfassungsrechts*, 2003.
- BREITENMOSER Stephan, *Migrationssteuerung im Mehrebenensystem*, VVDStRL 76/2017, 9 ff.
- CAMPISI Laura, *Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht*, 2014.
- DETJEN Joachim, *Verfassungswerte, Welche Werte bestimmen das Grundgesetz?*, Bonn 2009.
- DE WECK Fanny, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, 2014.
- DI DONATO Flora, *L'integrazione degli stranieri in Svizzera*, Mailand 2016.
- EICHENBERGER Kurt, Vom Umgang mit Strukturprinzipien des Verfassungsstaats, 1997, in: Müller *et al.* (Hrsg.), *Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat*, 2002 (zitiert EICHENBERGER, 1997).
- EICHENBERGER Kurt, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, 1991 (zitiert EICHENBERGER, 1991).
- ENGI Lorenz, Das Kopftuch in staatlichen Institutionen, *AJP* 2019, 208 ff. (zitiert ENGI, 2019).
- ENGI Lorenz, *Die religiöse und ethische Neutralität des Staates*, Zürich 2017 (zitiert ENGI, 2017).
- ERRASS Christoph, in: Ehrenzeller *et al.* (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., 2014, Art. 22.
- FALLER HANS JOACHIM, Gewaltmonopol des Staates und Selbstschutzrecht des Bürgers, in: Faller *et al.* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Freiheit*, 1989, 3 ff.
- GUTZWILLER Céline, *Droit de la nationalité suisse*, 2016 (zitiert GUTZWILLER, 2016).

- GUTZWILLER Céline, *Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse*, 2008 (zitiert GUTZWILLER, 2008).
- HÄNNI Julia, Glaubens- und Gewissensfreiheit: Überblick über die aktuelle Auslegung von Art. 15 BV, in: Hänni *et al.* (Hrsg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat*, 2019, 1 ff.
- HEBEISEN Michael Walter, Die Verfassung als Vermittlerin von Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen, in: Sitter-Liver Beat (Hrsg.), *Herausgeforderte Verfassung*, 1999, 133 ff.
- HESELHAUS Sebastian, Die Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK als Rahmen für aktuelle Rechtsfragen in der Schweiz, in: Hänni *et al.* (Hrsg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat*, 2019, 19 ff.
- JOLLER Elisabeth, Darf Justitia ein Kopftuch tragen?, *ZBl* 120/2019, 115 ff.
- KÄLIN Walter, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, 2000.
- KAUFMANN Christine, § 2 Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini *et al.* (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. Aufl., 2015.
- KLEY Andreas, Sollen sich Einbürgerungswillige zu den Werten der Bundesverfassung bekennen müssen?, *plädoyer* 4/2018, 28.
- KOCHER Martin, *Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen*, 2018.
- KÜHLER Anne, Religionsfreiheit als Herausforderung: die «Handsclag-Affäre», in: Hänni *et al.* (Hrsg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat*, 2019, 55 ff.
- MÄRKLI Benjamin / WYSS Damian, Ausschaffungs-Motion: Volltreffer oder Rohrkrepierer?, *AJP* 2019, 550 ff.
- MASTRONARDI Philippe, *Strukturprinzipien der Bundesverfassung?*, 1984.
- MOHLER Markus H.F., Staatliches Gewaltmonopol, *Sicherheit&Recht* 3/2012, 152 ff.
- MÜLLER Jörg Paul, *Die demokratische Verfassung*, 2. Aufl., 2009.
- RHINOW René, *Mit Werten lässt sich trefflich streiten*, *NZZ* vom 15. Dezember 2017, <https://www.nzz.ch/meinung/mit-werten-laesst-sich-trefflich-streiten-id.1339427> (besucht am 3. April 2019) (zitiert RHINOW, 2017).
- RHINOW René, Neutralität als Deckmantel für eine aktive oder restriktive Aussenpolitik?, 2007, in: RHINOW René, *Recht im politischen Prozess*, 2017, 602 ff. (zitiert RHINOW, 2007).
- RHINOW René, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, 1984, in: Rhinow René, *Recht im politischen Prozess*, 2017, 259 ff. (zitiert RHINOW, 1984a).
- RHINOW René, Widerstandsrecht im Rechtsstaat?, 1984, in: RHINOW René, *Recht im politischen Prozess*, 2017, 480 ff. (zitiert Rhinow, 1984b).
- RHINOW René / SCHEFER Markus / UEBERSAX Peter, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., 2016.
- SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE SFH (Hrsg.), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 2. Aufl., 2015.
- SPESCHA Marc, in: Spescha *et al.*, *Migrationsrecht, Kommentar*, 5. Aufl., 2019, Art. 4 und 58a.
- STARCK Christian, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: Faller *et al.* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Freiheit*, 1989, 40 ff.
- THÜRER Daniel, Res publica: Von Menschenrechten, Bürgertugenden und neuen Feudalisten, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 60/2012, 281 ff. (zitiert THÜRER 2012).

- THÜRER Daniel, *Gerechtigkeit im Ausländerrecht?*, in: Uebersax *et al.* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl., 2009, 3 ff. (zitiert THÜRER 2009).
- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., 2016.
- UEBERSAX Peter, *Das Bundesgericht und das Bürgerrechtsgesetz, mit einem Blick auf das neue Recht*, BJM 2016, 169 ff.
- VORPE Samuele, *Das Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit*, *Jusletter* 20. Juni 2016.
- WALDMANN Bernhard, in: Waldmann *et al.* (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, Art. 8.

II

L'État et les acteurs privés

Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen

Inhalt	Seite
I. Der Anlass	470
II. Der Entscheid	470
A. Der Sachverhalt und die Prozessgeschichte	470
B. Die Erwägungen	471
1. Die Begründung der sachlichen Zuständigkeit	472
a) Die Vergabe der Werbeflächen ist als Verwaltung öffentlicher Sachen zu qualifizieren	473
b) Nach dem PBG unterliegen nur Vertragsstreitigkeiten dem Zivilrecht	476
c) Fazit	478
2. Die Begründung der Entscheide zur aufschiebenden Wirkung und zu den vorsorglichen Massnahmen	478
III. Die Schlussfolgerungen	479
A. Zur Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Veräusserungsgeschäften	479
B. Zur öffentlich-rechtlichen Natur des Entscheids über die Auswahl eines Nutzers einer öffentlichen Sache	482
1. Im Speziellen: Werbung in Bahnhöfen und Zügen	482
2. Im Allgemeinen: Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen	484
a) Öffentlich veranlasste Geschäfte	485
b) Privat veranlasste Geschäfte	494
C. Ein Wort zur aufschiebenden Wirkung	502
Literaturverzeichnis	503

* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Fribourg i.Ue., Lehrstuhl für Infrastrukturrecht und neue Technologien.

Cher Etienne, j'espère que ce texte, dédié à une décision qui a fortement suscité ton intérêt, témoignera de la plus haute considération que j'éprouve pour toi et ton œuvre. J'espère également que tu trouveras le temps pour tes idées et projets qui te tiennent le plus à cœur, ainsi que pour la continuation de nos précieuses discussions.

I. Der Anlass

Wählt die konzessionierte Betreiberin einer Bahnanlage ein privates Subjekt zur kommerziellen Nebennutzung von Bestandteilen der Anlage aus, so ist dieser Vorgang als Vergabe einer Sondernutzungskonzession zu verstehen und unterliegt damit dem öffentlichen Recht. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass das hieraufhin zwischen der Betreiberin und dem Privaten eingegangene Rechtsverhältnis qua gesetzlicher Vorschrift dem Zivilrecht unterstellt ist.

So hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) am 16. Mai 2018 in der Sache B-6872/2017 (X. gegen SBB AG, Immobilien) per Zwischenentscheid (betreffend insb. die Eintretensfrage) entschieden. Aus diesem einen Streit um Werbeflächen in Bahnhöfen betreffenden Entscheid ergeben sich über dieses Geschäft hinausreichende Erkenntnisse, die vorliegend besprochen werden sollen (nachfolgend III.). Davor sind der relevante Sachverhalt des erwähnten Zwischenentscheids und die Erwägungen des Gerichts vorzustellen (nachfolgend II.).

II. Der Entscheid

A. Der Sachverhalt und die Prozessgeschichte

Die Schweizerische Bundesbahnen AG (SBB AG), eine vollumfänglich durch die Eidgenossenschaft gehaltene Gesellschaft, ist Infrastrukturkonzessionärin gemäss Art. 5 Abs. 1 EBG¹ bezüglich zahlreicher Bahnhöfe in der Schweiz. In diesen Bahnhöfen befinden sich verschiedene vertikale Flächen, die für Werbezwecke bestimmt sind, namentlich Plakaträhmen und Bildschirme an Wänden, freistehende oder in freistehende Objekte integrierte Plakatwände und Bildschirmanlagen sowie Teilflächen von Grossbildschirmen, auf denen insbesondere über den Zugverkehr und die Zeit informiert wird. Die Bewirtschaftung dieser Werbeflächen – das heisst: die Tätigkeit, die darauf ausgerichtet ist, Unternehmen zu finden, welche auf den Flächen ihre Werbung gegen Entgelt platzie-

¹ Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957; SR 742.101.

ren wollen² – wird seit Jahren nicht durch die SBB AG selbst, sondern durch eine private Gesellschaft wahrgenommen, welche der SBB AG hierfür als Flächenpächterin ein Entgelt entrichtet.³

Mit Blick auf das Ende der Laufzeit der mit der bisherigen Flächenpächterin geschlossenen Verträge schrieb die SBB AG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 23. Februar 2017 verschiedene Lose betreffend die Verpachtung unterschiedlicher Arten von Werbeflächen in Bahnhöfen und in Zügen für die Dauer von fünf bis zehn Jahren aus (die Werbung in Zügen wurde jedoch in der Folge nicht streitbetroffen, zumal die spätere Beschwerdeführerin sich hierfür nicht beworben hatte⁴).⁵ Mit den Bewerberinnen unter Rechtsmittelbelehrung eröffnetem Entscheid vom 1. November 2017⁶ erteilte die SBB AG der bisherigen Flächenpächterin den Zuschlag für alle Lose betreffend Flächen in Bahnhöfen und Zügen.⁷

Damit wollte sich eine Konkurrentin, die sich um alle Bahnhofs-Lose beworben hatte, nicht abfinden, und erhob Beschwerde vor dem BVGer. Dieses entschied in dem unter der Nummer B-6872/2017 eröffneten Beschwerdeverfahren am 16. Mai 2018 über die Frage des Eintretens, dies insbesondere unter dem Aspekt der sachlichen Zuständigkeit, sowie, unter anderem, über Anträge der Parteien betreffend die aufschiebende Wirkung sowie vorsorgliche Massnahmen. Das Gericht erklärte sich für zuständig und trat auf die Beschwerde ein.⁸ Es anerkannte die ex lege durch die Beschwerde ausgelöste aufschiebende Wirkung, entzog diese der Beschwerde jedoch insoweit, als es der SBB AG gestattete, die streitbetroffenen Flächen während des Beschwerdeverfahrens weiterhin der bisherigen Pächterin entgeltlich zu überlassen; vorsorgliche Massnahmen ordnete es im Übrigen keine an.⁹

B. Die Erwägungen

Im Folgenden werden die Gründe beleuchtet, gestützt auf die das BVGer seine sachliche Zuständigkeit bejaht (nachfolgend 1.) sowie der Beschwerde die aufschiebende Wirkung

² Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

³ Vgl. Ausschreibung «Fremdwerbeflächen» (SBB Immobilien) in: SHAB vom 23. Februar 2017 (Meldungs-Nr. 3362501): «Sämtliche Mietverträge in Bezug auf die Fremdwerbung von SBB Immobilien laufen Ende 2018 nach einer 10-jährigen Laufzeit mit der APG/SGA [AG] aus».

⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Sachverhalt A.b.

⁵ SHAB vom 23. Februar 2017 (Meldungs-Nr. 3362501); BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Sachverhalt A.a und E. 4.4, E. 5.5.

⁶ Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.2.

⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Sachverhalt A.c.

⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Dispositiv Ziff. 1.

⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Dispositiv Ziff. 2–4.

teilweise entzogen und von der Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgesehen hat (nachfolgend 2.).

1. Die Begründung der sachlichen Zuständigkeit

Zuvorderst stellt das Gericht fest, dass das streitbetroffene Flächenverpachtungsgeschäft aus Sicht der parastaatlichen SBB AG nicht einen Erwerbs-, sondern einen reinen Veräusserungsvorgang darstellt, und zwar unabhängig davon, ob dieses Geschäft auf einer Sondernutzungskonzession beruht oder ein ausschliesslich dem Privatrecht unterworfenes Handeln der Verpächterin darstellt. Für das Gericht ist hier entscheidend, dass die SBB AG durch die Verpachtung von Werbeflächen in Bahnhöfen und Zügen keine «staatliche Aufgabe»¹⁰ (bzw. keine sich aus dem öffentlichen Transportrecht oder den der SBB AG erteilten Konzessionen ergebende Aufgabe) erfüllt und umso weniger eine öffentliche Aufgabe auf einen Privaten auslagert.¹¹ Weil es nicht um einen Erwerb geht, liegt keine Beschaffung vor, und dementsprechend fällt eine Anwendung des öffentlichen Vergaberechts (BöB¹²/VöB¹³) ausser Betracht.¹⁴

Sodann erinnert das BVGer daran, dass es seine Zuständigkeit von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 7 VwVG),¹⁵ und hebt hervor, dass es zur Beurteilung von Beschwerden, die sich gegen Verfügungen (i.S.v. Art. 5 VwVG) der SBB AG richten, aufgrund von Art. 31 i.V.m. Art. 33 lit. e VGG¹⁶ grundsätzlich zuständig ist.¹⁷ Indessen ist nicht zum Vornherein klar, ob überhaupt eine gestützt auf öffentliches Recht des Bundes erlassene Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG vorliegt oder ob die SBB AG allein gestützt auf Privatrecht eine Vertragspartnerin ausgewählt hat. Denn die SBB AG trägt vor, dass die streitbetroffenen Werbeflächen keine öffentliche Sache und die Verpachtung damit keinen dem öffentlichen Recht unterworfenen Vorgang darstellten (dazu nachfolgend a); über-

¹⁰ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.1.

¹¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.1.

¹² Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994; SR 172.056.1.

¹³ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995; SR 172.056.11.

¹⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1. – Das Gericht unterstreicht, dass auch eine analoge Anwendung des öffentlichen Vergaberechts auf Sondernutzungskonzessionen oder privatrechtliche Veräusserungen von Gegenständen des Finanzvermögens ausser Frage stehe, zumal das BGER dies so entschieden hat (BGE 143 II 120, E. 6.2). Allerdings handelt die Rechtsprechung des BGER von einer durch Art. 2 Abs. 7 BGBM geprägten Rechtslage, doch existiert auf der vorliegend interessierenden Bundesebene gerade keine solche, die Analogie ausschliessende Vorschrift, so dass die zitierte Rechtsprechung kein Beleg dafür ist, dass Bundes-Sondernutzungskonzessionen nicht unter analoger Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften zu vergeben sind.

¹⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.1.

¹⁶ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005; SR 173.32.

¹⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.2.

dies legt sie den Art. 18b Abs. 4 PBG¹⁸ dahin aus, dass die Auswahl von Werbeflächenpächterinnen ein rein privatrechtlicher Vorgang und daher frei von öffentlich-rechtlicher Bindung sei (dazu nachfolgend b).¹⁹ Träfe dies zu, mangelte es an einer Verfügung als Gegenstand des vor dem BVGer geführten Beschwerdeverfahrens und damit an einer Eintretensvoraussetzung.

Daher geht das Gericht den Argumenten der SBB AG auf den Grund, verwirft sie am Ende jedoch beide.

a) **Die Vergabe der Werbeflächen ist als Verwaltung öffentlicher Sachen zu qualifizieren**

Das BVGer hält zunächst fest, dass die SBB AG gestützt auf Art. 3 Abs. 1 SBBG²⁰ Eisenbahninfrastruktur i.S.v. Art. 62 EBG, insbesondere Bahnhöfe, bereitzustellen hat,²¹ und dass Bahnhöfe öffentliche Sachen i.e.S. (und damit dem Verwaltungs- und nicht dem Finanzvermögen zuzurechnen²²) sind, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich des öffentlichen Verkehrs dienen.²³ Dem fügt es den in casu entscheidenden Punkt an, wonach die Verwaltung (Zweckbestimmung und Verfügungsmacht) von öffentlichen Sachen i.e.S. eine öffentliche Aufgabe darstellt und mithin dem öffentlichen Recht unterliegt.²⁴ Im Besonderen weist es darauf hin, dass Zirkulationsflächen²⁵ und deren Wände in Bahnhöfen als Verbindungswerke zwischen den Transportmöglichkeiten und der angeschlossenen Örtlichkeit unzweifelhaft dem öffentlichen Verkehr dienen.²⁶

¹⁸ Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009; SR 745.1.

¹⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.

²⁰ Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998; SR 742.31.

²¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1. – Vgl. indessen Art. 5 EBG und Übergangsbestimmung zur Änderung des EBG vom 20. März 2009: Die SBB AG gilt in Bezug auf ihre bisherigen Infrastrukturen bis Ende des Jahres 2020 als konzessioniert; eine Erneuerung dieser derzeit gesetzlich angeordneten Konzession ist in der Folge nur durch einen auf das EBG gestützten Einzelakt möglich. Betriebsrecht und Betriebspflicht der SBB AG bezüglich ihrer Eisenbahninfrastrukturen ergeben sich nicht aus dem SBBG, das nur die Pflichten der Gesellschaft SBB regelt, sondern allein aus der Konzession.

²² Vgl. zu diesen Begriffen WEN KOEBEL, S. 101 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, Nr. 1471 ff.

²³ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3 und E. 2.3.1.

²⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1.

²⁵ Entgegen dem Anschein, den BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1 und E. 2.3.2, erwecken könnte, betrifft der Streitgegenstand nicht nur Wände von Zirkulationsflächen, sondern auch Werbeträger (Plakatwände oder Werbedisplays), die ohne Verbindung mit den Wänden auf Zirkulationsflächen gestellt werden. Allerdings stellen diese Zirkulationsflächen nicht minder öffentliche Sachen dar als die Wände dieser Flächen, soweit solche Wände vorhanden sind.

²⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.2.

Die SBB AG bestreitet nicht die Rechtsnatur der Wände und Zirkulationsflächen, sondern macht geltend, dass die Auswahl von Flächenpächterinnen kein Akt der Verwaltung der öffentlichen Sache darstelle.²⁷ Soweit es, wie in casu, um eine kommerzielle Nutzung der öffentlichen Sache gehe, unterliege lediglich der Entscheid über die Ausscheidung von Flächen zur kommerziellen Nutzung dem öffentlichen Recht, nicht jedoch die für diese Nutzung (allenfalls²⁸) erfolgende Auswahl eines privaten Unternehmens.²⁹ Sei dieser Entscheid, wie in casu, in Bezug auf bestimmte Flächen einmal erfolgt, und gehe es nun, wie im Streitfall, ausschliesslich um die Frage, welches Unternehmen bestimmte bereits als solche ausgeschiedene Werbeflächen bewirtschaften darf, gehe es um ein rein privatrechtliches und dem öffentlichen Recht entzogenes Rechtsverhältnis.³⁰ Denn qua Ausscheidung würden die betreffenden Flächen entwidmet und stellen keine öffentliche Sache i.e.S. mehr dar, vielmehr handle es sich um Gegenstände ihres Finanzvermögens.³¹ Im Rahmen der kommerziellen Verpachtung von ausgeschiedenen Werbeflächen erfülle sie keine öffentliche Aufgabe.³²

Das BVGer folgt dieser Argumentation nicht.³³ Der auch nach seiner Auffassung dem öffentlichen Recht unterliegende Entscheid über die Bestimmung von Flächen von Zirkulationsflächen und Wänden von Bahnhöfen für die kommerzielle Nutzung führt nach dem Gericht nicht zu einer Entwidmung der Flächen (auf Wänden und auf Zirkulationsflächen von Bahnhöfen), die der kommerziellen Werbung zugeführt werden.³⁴ Die Verwendung von Teilen der öffentlichen Sache zur kommerziellen Nutzung bewirkt als solche keine Entwidmung und ebensowenig eine Überführung ins Finanzvermögen, zumal diese Teile allein aufgrund ihrer kommerziellen Bestimmung und Nutzung nicht zu frei realisierbarem Vermögen werden, sondern der insgesamt öffentlichen Zwecken dienenden Sache nach wie vor anhaften.³⁵ Die kommerzielle Nutzung öffentlicher Sachen i.e.S. ist in diesem Sinne von der kommerziellen Nutzung von im Finanzvermögen stehenden Werten zu unterscheiden; die erstgenannte Nutzung unterliegt grundsätzlich den Regeln des öffentlichen Rechts, solange keine Entwidmung stattgefunden hat, doch ergibt sich eine solche nicht aus der kommerziellen Nutzung selbst.³⁶ Das Gericht weist im Übrigen darauf hin, dass die SBB AG keinen konkreten, auf öffentliches Recht

²⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

²⁸ Die SBB AG muss kommerzielle Nutzungen und Nebennutzungen von Infrastrukturanlagen nicht notgedrungen durch Dritte erbringen lassen.

²⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

³⁰ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

³¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

³² BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.3.

³³ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5–2.3.6.

³⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

³⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

³⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

gestützten Verwaltungsakt geltend gemacht hatte, durch den bestimmte Flächen von Wänden (oder bestimmte Teile von Zirkulationsflächen) formell entwidmet und ins Finanzvermögen überführt worden wären.³⁷

Aus der sachenrechtlichen Qualifikation der streitbetroffenen Wände und Zirkulationsflächen, auf denen Werbeflächen angebracht sind (oder noch angebracht werden), als öffentliche Sachen schliesst das Gericht darauf, dass die «Koordination der Nutzung der betroffenen Flächen (Auswahl aus Anbietern) als Verwaltung der öffentlichen Sache im engeren Sinn einzustufen ist».³⁸ Diese Verwaltung und damit die Frage, welchen Privatunternehmen die SBB AG die kommerzielle Nutzung (welche sie nicht selbst wahrnehmen will) erlaubt, unterliegt demnach dem öffentlichen Recht.³⁹

Im Übrigen stellt das Gericht fest, dass die SBB AG das Geschäft mit den Werbeflächen so ausgestaltet hat, dass jeweils ein einziges Unternehmen in zahlreichen Bahnhöfen in Bezug auf Werbeflächen einer bestimmten Kategorie eine Exklusivstellung erhält.⁴⁰ Kein anderes Unternehmen kann während der Laufzeit des Geschäfts die betreffenden Flächen bewirtschaften (sondern höchstens Werbung schalten).⁴¹ Die Flächen werden demgemäss breit und dauerhaft dem Gemeingebrauch entzogen; es liegt eine Sondernutzung der öffentlichen Sache vor, nicht etwa bloss gesteigerter Gemeingebrauch, so dass die Rechtsform der Erteilung der Erlaubnis jene der Sondernutzungskonzession ist.⁴² In diesem Sinne überträgt die SBB AG ihr Monopol über die öffentliche Sache zwar grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich einer Vergabe aller Lose an nur ein Unternehmen) in fraktionierter Weise auf Privatunternehmen, räumt diesen aber gleichwohl im jeweiligen Bereich eine exklusive Stellung im Markt (betreffend Bewirtschaftung von Werbeflächen im öffentlichen Raum) ein.⁴³

Schliesslich präzisiert das BVGer, dass es für die Zuordnung der Verwaltung der Werbeflächen und damit auch der Auswahl der privaten Flächenpächterinnen zum öffentlichen Recht nicht darauf ankommt, dass die Flächen nicht nur durch das Privatunternehmen kommerziell genutzt werden, sondern dass auch die SBB AG mit der Flächenverpachtung (oder bei der eigenen kommerziellen Flächenbewirtschaftung) ausschliesslich kommerzielle Interessen verfolgt und sich der Bezug ihrer Aktivität zur Aufgabenerfüllung im öffentlichen Verkehr auf die Unterstützung dieser Aufgabe durch die erwirtschafteten Finanzmittel beschränkt.⁴⁴ Aus welchem Interesse die SBB AG Teile ihrer

³⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

³⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

³⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6.

⁴⁰ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

⁴¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

⁴² BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

⁴³ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5.

⁴⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6.

öffentlichen Sachen i.e.S. verwaltet bzw. bewirtschaftet, hat keinen Einfluss auf die Qualifikation der öffentlichen Sache und ihrer Teile.⁴⁵

b) Nach dem PBG unterliegen nur Vertragsstreitigkeiten dem Zivilrecht

Das PBG betrifft im Bereich des öffentlichen Verkehrs zwar primär den Transport und nicht die Infrastruktur, regelt jedoch in seinem seit 1. Januar 2016 in Kraft stehenden Art. 18*b* die Nebennutzung nicht nur von Schienenfahrzeugen, sondern auch von Eisenbahninfrastrukturen (i.S.v. Art. 62 EBG). Nach dieser Bestimmung können Eisenbahnunternehmen (vgl. Art. 2 EBG) ihre Fahrzeuge und Anlagen Dritten insbesondere für kommerzielle Nebennutzungen zur Verfügung stellen, sofern die Zweckbestimmung der Fahrzeuge und Anlagen dadurch nicht beeinträchtigt wird und zugleich auch nicht-kommerzielle Nebennutzungen zugelassen werden (Abs. 1). Namentlich die Werbung in Bahnhöfen ist eine Nebennutzung im Sinne dieser Bestimmung.⁴⁶ «Streitigkeiten zwischen kommerziellen Nutzerinnen oder Nutzern und den [Eisenbahn-]Unternehmen beurteilt das Zivilgericht» (Abs. 4). Die SBB AG trägt vor, selbst wenn sich aus allgemeinen Grundsätzen ergäbe, dass die Verwaltung von Bahnhöfen eine öffentliche Sache i.e.S. betrifft und damit prinzipiell dem öffentlichen Recht unterliegt, sei aus Art. 18*b* Abs. 4 PBG zu schliessen, dass Streitigkeiten zwischen ihr und einem interessierten Privatunternehmen betreffend die Auswahl eines zur Nebennutzung zugelassenen, anderen Privatunternehmens aufgrund spezialgesetzlicher Vorschrift ausschliesslich dem Privatrecht unterstellt seien.⁴⁷

Das BVGer schliesst sich dieser Auslegung nicht an.⁴⁸ Zunächst weist es darauf hin, dass gemäss Art. 56 Abs. 2 PBG dem Grundsatz nach im Fall von Streitigkeiten betreffend Rechte und Pflichten nach PBG der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten ist.⁴⁹ Im Weiteren verweist es auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verpachtung von öffentlichen Sachen für die kommerzielle Nutzung,⁵⁰ wonach das Gemeinwesen über die Benützung von öffentlichen Sachen nicht frei bestimmen und daher nicht wie ein privater Verpächter nach Gutdünken aus allen an der Nutzung interessierten Unternehmen auswählen kann, sondern bei dieser Wahl den Bindungen des öffentlichen Rechts unter-

⁴⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6.

⁴⁶ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7206; BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.1.

⁴⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.

⁴⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.1–2.4.5.

⁴⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.1.

⁵⁰ Vgl. BGer 2C_314/2013, Urteil vom 13. März 2014, E. 1.1.1 und E. 1.1.2, je m.w.H.

liegt.⁵¹ Nur bei der Veräusserung von Finanzvermögen verhält es sich nach dem BGER grundsätzlich anders.⁵² In diesem Sinne ist zwischen der dem öffentlichen Recht unterliegenden und durch anfechtbaren Verwaltungsakt abzuschliessenden Willensbildung, mit einer bestimmten Person einen bestimmten Vertrag abzuschliessen, und den darauf folgenden Schritten des Abschlusses und der Erfüllung des Vertrags zu unterscheiden, wobei diese letzteren Schritte lediglich dem Vertragsrecht, gegebenenfalls also dem Privatrecht, unterliegen (sog. «Zweistufentheorie»)⁵³.

Nach dem BVGer ist diese Sichtweise auch in casu massgebend; sie wird durch den Art. 18b Abs. 4 PBG nicht erschüttert.⁵⁴ Die dort im Sinne einer Ausnahme zu Art. 56 Abs. 2 PBG vorgesehene Zuständigkeit der Zivilgerichte für Streitigkeiten zwischen kommerziellen Nutzerinnen und Nutzern einerseits und dem Eisenbahnunternehmen andererseits betrifft nach dem BVGer lediglich das dem Auswahlentscheid nachgelagerte Vertragsverhältnis.⁵⁵ Aus der zitierten Vorschrift ergibt sich also nur, dass der Vertrag zwischen dem Eisenbahnunternehmen und dem kommerziell nutzenden Unternehmen dem Zivilrecht zu unterstellen ist, nicht jedoch, dass die vorhergehende Auswahl des nutzenden Unternehmens dem öffentlichen Recht nicht unterstellt wäre.⁵⁶ Damit bleibt es bezüglich dieser Auswahl beim Grundsatz, dass sie dem öffentlichen Recht unterliegt und bei Streitigkeiten der verwaltungsrechtliche Rechtsweg offensteht.⁵⁷ Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 18b PBG verweist das BVGer auf den gleichzeitig mit dieser Bestimmung am 1. Januar 2016 in Kraft gesetzten Abs. 4 von Art. 39 EBG, nach dem Streitigkeiten zwischen «Mietern von Räumen für Nebenbetriebe und den Eisenbahnunternehmen» durch «das Zivilgericht» beurteilt werden.⁵⁸ Denn der Wortlaut dieser Bestimmung («Mietern») und die dazugehörige bundesrätliche Botschaft («vertragliche Streitigkeiten zwischen Vermietern und Mietern von Nebenbetriebsräumen oder -flächen [sind] von den Zivilgerichten zu beurteilen»)⁵⁹ machen klar, dass durch die beiden Ge-

⁵¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.2.

⁵² BGER 2C_314/2013, Urteil vom 13. März 2014, E. 1.1.1; vgl. auch BGER 1C_602/2018, Urteil vom 3. Juli 2019, E. 3.1.

⁵³ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.2; BGER 2C_314/2013, Urteil vom 13. März 2014, E. 1.1.2.

⁵⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁵⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁵⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁵⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁵⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁵⁹ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7212. – Vgl. auch a.a.O., 7207 (betreffend Art. 18b Abs. 4 PBG): «Werden kommerzielle Nutzungen gestattet, so sind diese zivilrechtlich zu regeln und allfällige Streitigkeiten durch das Zivilgericht zu beurteilen».

setzesänderungen nur die zivilrechtliche Unterstellung des die kommerzielle Nutzung regelnden Rechtsverhältnisses – also des Pachtvertrags – festgehalten⁶⁰ werden sollte.⁶¹

c) **Fazit**

Da die durch ein Eisenbahnunternehmen vorgenommene Vergabe von Flächen in Bahnhöfen (und Zügen) zur kommerziellen Bewirtschaftung mit Werbung die Verwaltung einer öffentlichen Sache darstellt, dem öffentlichen Recht unterliegt und mittels anfechtbaren Verwaltungsaktes zu erlassen ist (in casu wurde in der Tat ein mit Rechtsmittelbelehrung versehener Zuschlagsentscheid erlassen⁶²), erachtet sich das BVGer als zuständig und tritt, weil auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, auf die Beschwerde ein.⁶³

2. Die Begründung der Entscheide zur aufschiebenden Wirkung und zu den vorsorglichen Massnahmen

In Bezug auf die Gesuche der Parteien um vorsorgliche Massnahmen beziehungsweise Entzug der aufschiebenden Wirkung hält das BVGer fest, dass die Beschwerde nicht dem Art. 28 BöB unterliegt und daher nach Art. 55 Abs. 1 VwVG ex lege aufschiebende Wirkung entfaltet.⁶⁴ Liegt, wie in casu, der Entscheid über die Auswahl aus mehreren an einer Sondernutzung bzw. Pacht einer öffentlichen Sache interessierten Unternehmen im Streit, bedeutet der durch die aufschiebende Wirkung erzeugte Aufschub der Vollstreckbarkeit des Auswahlentscheids, dass es der Behörde vorläufig verboten ist, den Entscheid durch Vertragsschluss zu vollziehen.⁶⁵ Aus dem Umstand, dass die Auswahl öffentlichem Recht, der Abschluss und die Erfüllung des Vertrags jedoch dem Privatrecht unterstellt sind, folgt nicht, dass der Vertragsschluss unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Rechtslage erfolgen dürfte – er ist vielmehr verboten, solange der Auswahlentscheid nicht rechtskräftig oder zumindest vollstreckbar geworden ist.⁶⁶ Ein Vertragsschluss ist mithin erst dann erlaubt, wenn das öffentliche Recht ihn gestattet.⁶⁷

⁶⁰ Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7195: Die Gesetzesänderung führte insoweit nicht zu einer Änderung der Rechtslage, sondern lediglich zur gesetzlichen Anerkennung der Gerichts- und Verwaltungspraxis.

⁶¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3.

⁶² Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.2.

⁶³ Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.5 und E. 2.6.

⁶⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.2 und E. 3.1.1.

⁶⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 3.3.

⁶⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 3.4.

⁶⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 3.4.

Vor diesem Hintergrund stellt das Gericht fest, dass die Gewährung vorsorglicher Massnahmen, nach denen es der Behörde verboten würde, irgendwelche Vorkehren im Hinblick auf den Vertragsschluss zu treffen, nicht erforderlich ist.⁶⁸ Der Behörde ist es auch ohne solche Massnahmen schon allein aufgrund der aufschiebenden Wirkung verboten, den Vertrag abzuschliessen.⁶⁹

Zugleich erlaubt das BVGer der SBB AG angesichts des Auslaufens der bisherigen Flächenbewirtschaftungsverträge per Ende 2018⁷⁰ und des danach ohne neue Verträge drohenden Verlusts von Einnahmen in Millionenhöhe⁷¹ den Abschluss von Interimsvereinbarungen mit der bisherigen Vertragspartnerin, deren Laufzeit auf die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu beschränken ist.⁷² Dies kommt einem teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung gleich.⁷³

III. Die Schlussfolgerungen

Der hiervor rapportierte Entscheid des BVGer beleuchtet das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Recht und der kommerziellen Nutzung von öffentlichen Sachen (i.e.S.) in vorbildlicher Art; das Gericht erarbeitet dabei eine dogmatisch überzeugende und zugleich praktikable Lösung.

Die Bedeutung dieses Entscheids greift weit über die Verpachtung von Werbeflächen in Bahnhöfen hinaus. Einige der Erkenntnisse, die sich nach meinem Dafürhalten einstellen, werden hiernach vorgestellt (nachfolgend B). Davor ist eine Präzisierung zum Thema der Unterscheidung von Erwerbs- und Veräusserungsgeschäften anzubringen (nachfolgend A). Schliesslich lohnen sich einige Worte zum Thema des Entzugs der aufschiebenden Wirkung aus finanziellen Gründen (nachfolgend C).

A. Zur Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Veräusserungsgeschäften

Dem BVGer ist nicht zu widersprechen, wenn es festhält, dass die Verpachtung von Werbeflächen zur kommerziellen Bewirtschaftung in Bahnhöfen (und Zügen) dem öf-

⁶⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 3.5.

⁶⁹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 3.5.

⁷⁰ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.3.

⁷¹ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.3.

⁷² BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.4–5.5.

⁷³ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 4.4.

fentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstellt ist.⁷⁴ An sich zutreffend ist auch, dass es dem verpachtenden Eisenbahnunternehmen allein um die Erzielung von Einnahmen und nicht um die Übertragung bzw. die Erledigung öffentlicher Aufgaben geht.⁷⁵ Die Verpachtung ist jedoch – entgegen dem Gericht⁷⁶ – nicht mangels Vorhandenseins einer öffentlichen Aufgabe, die mittels des infrage stehenden Geschäfts ganz oder teilweise erfüllt würde, vom Beschaffungsrecht ausgenommen. Denn auch öffentliche Beschaffungen im Bereich des Finanzvermögens unterstehen dem öffentlichen Beschaffungsrecht dem Grundsatz nach,⁷⁷ und demgemäss fällt der Umstand der Abwesenheit einer unmittelbaren öffentlichen Aufgabenerfüllung als Grund der Nichtanwendung dieses Rechtes ausser Betracht.

Meiner Ansicht nach reguliert das öffentliche Beschaffungsrecht die Verpachtung von zur kommerziellen Nutzung bestimmten Werbeflächen auf öffentlichen Sachen deswegen nicht, weil es sich hierbei um einen Veräusserungs- und nicht um einen Erwerbsvorgang handelt. Das Beschaffungsrecht wendet sich nur auf Erwerbsvorgänge an.⁷⁸ Es ist nicht immer einfach, jedoch immer möglich, öffentlichen Erwerb (Nachfrage) und öffentliche Veräusserung (Angebot) voneinander zu unterscheiden. Ohne weiteres liegt dann ein Erwerb vor, wenn der Staat Geldleistungen erbringt und sein Vertragspartner andere, charakteristischere Leistungen (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen). Umgekehrt geht es zweifelsohne um eine Veräusserung, wo der Vertragspartner Geldleistungen und der Staat charakteristischere Leistungen (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) erbringt. Daneben gibt es aber auch Konstellationen, in denen beide Parteien charakteristisch leisten oder in denen eine Partei charakteristisch leistet, zugleich aber beide Parteien auch Geld leisten (bzw. gegenseitige Geldforderungen verrechnen). Bei diesen ist eine zutreffende Qualifikation ohne vertiefte Einzelfallanalyse nicht möglich.

Diese Analyse sollte sich nach meiner Auffassung am Kern des Unterschieds zwischen Erwerb und Veräusserung orientieren: Durch Veräusserung werden Sachen oder Dienste oder die Nutzniessung daran dadurch verflüssigt, dass sie einer anderen Partei übertragen werden, die dafür liquide Mittel zurückleistet.⁷⁹ Wenn sich ein Geschäft darauf beschränkt, ist hier aufseiten der veräussernden Partei kein anderes Interesse am Werk als jenes, das sich auf die Verflüssigung des eigenen Vermögens (und auf die dadurch gewonnene Diversifikation der mittelbaren Verwendungsmöglichkeiten des betreffenden

⁷⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.1.

⁷⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.1, E. 2.3.6.

⁷⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 1.1.

⁷⁷ Vgl. BEYELER, Finanzvermögen, S. 3 ff.; a. M. BGer 2C_254/2018, Urteil vom 29. August 2019, E. 5.1.

⁷⁸ Vgl. BGE 144 II 177, E. 1.3.2; BGE 144 II 184, E. 2.2; BGE 135 II 49, E. 4.2; BGE 125 I 209, E. 6b.

⁷⁹ Vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 79: «Bei wirtschaftlichen Nutzungen kann das Gemeinwesen [...] den 'Wert' des öffentlichen Grundes mittels Gebühren abschöpfen».

Vermögenssteils) bezieht. Das gilt unabhängig davon, ob bei der Veräusserung der betreffende Vermögenswert definitiv zugunsten der anderen Partei aufgegeben oder ob lediglich ein aus dem Wert fließender Nutzen für eine bestimmte Dauer (oder für immer) auf diese Partei übertragen wird. Durch Erwerb hingegen gewinnt der Erwerber unter Einsatz von eigenen Vermögenswerten (Sachen und Forderungen, insb. Geld, sowie Dienste) die Herrschaft, möglicherweise in der Form von Besitz und Eigentum, über charakteristische Leistungen (Sachen oder Dienste, im Fall eines Kreditgeschäfts aber auch Geld) oder über den daraus fließenden Nutzen. Hier geht es nicht um die Verflüssigung eigenen Vermögens, sondern um dessen Einsatz im Dienste anderer Ziele des Erwerbers, gleichviel, ob dieser die erworbene Herrschaft über charakteristische Leistungen zur Vermögensvermehrung, zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse, zugunsten von bestimmten Drittpersonen oder zum eigenen Vergnügen angestrebt hat.

Es geht also darum, ob der Geschäftsvorgang aus der Sicht der infrage stehenden Partei – für die Zwecke des vorliegenden Textes: aus Sicht des Staats oder der dem öffentlichen Recht unterworfenen Einrichtung – der Verflüssigung des Vermögens dieser Partei (Veräusserung) oder, umgekehrt, der spezifischen Umwandlung des Vermögens zwecks zielgerichteter Verwendung der neuartigen Vermögensteile im Rahmen irgendwelcher eigener oder fremder Tätigkeiten dient (Erwerb).⁸⁰ Dabei wird die Qualifikation eines Geschäfts als Erwerb nicht dadurch gehindert, dass die neuartigen Vermögensteile nicht nur persönlichen und allgemeinen Interessen zugutekommen können, sondern allenfalls zur Vermögensvermehrung eingesetzt werden sollen, möglicherweise durch spätere Wiederveräusserung (bzw. Wiederverflüssigung).

⁸⁰ Vgl. im Sinne eines aktuellen Beispiels eines Erwerbsgeschäfts, das ein gewisses Veräusserungselement enthält, welches für die Qualifikation nicht entscheidend ist, weil das Gesamtgeschäft durch andere Ziele geprägt wird: VGer ZH VB.2018.00469, 17.1.2019, insb. E. 3.1.3: Erteilt eine Gemeinde einem Privaten Sondernutzungskonzessionen, damit dieser auf dem öffentlichen Gemeindegrund Container für die durch ihn organisierte Sammlung von Altkleidern (diese sind umweltrechtlich als Siedlungsabfälle zu qualifizieren) aufstellen kann, wobei er der Gemeinde 20 Rp./kg gesammelte Kleider auszahlt, und ist davon auszugehen, dass der Marktwert solcher Kleider rund 80 Rp./kg beträgt, liegt ein entgeltlicher Erwerb von Abfallsammlungsdienstleistungen vor, der durch die Gemeinde zugunsten des Privaten mit 60 Rp./kg vergütet wird. Im Gesamtvorgang verflüssigt die Gemeinde nicht schlicht ihr Vermögen (d.h. die Altkleider, bezüglich deren sie nach der Übergabe durch die vormaligen Inhaberinnen und Inhaber ein durch den Kanton delegiertes rechtliches Monopol genießt; vgl. Art. 31b USG), sondern lässt sich Dienste erbringen, an denen sie ein Interesse hat, welches über den Erhalt der Zahlung von 20 Rp./kg hinausgeht. Darum liegt hier keine blosse Veräusserung, sondern im Wesentlichen ein Erwerb beziehungsweise, weil es um eine dem öffentlichen Vergaberecht unterstellte Gemeinde geht (welche im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabenerfüllung handelt), eine öffentliche Beschaffung vor (zit. Entscheid, E. 1.3, E. 3.1.3). – Im Übrigen verhielte es sich meiner Meinung nach nicht anders, wenn die Gemeinde, ceteris paribus, Privatgrund verpachtete und nicht Sondernutzungskonzessionen für öffentlichen Grund erteilte.

In diesem Sinne stellt die Verpachtung von Werbeflächen jedenfalls dann, wenn damit keine weiteren Geschäfte (z.B. Erbringung von pachtfremden Dienstleistungen zugunsten des Verpächters) einhergehen, ein Veräusserungsgeschäft dar, das seiner Art nach als solches dem öffentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstellt ist, zumal es keine Beschaffung darstellt. Darauf, ob sich die betreffenden Flächen, wie in casu, auf öffentlichen Sachen befinden, oder sie dem blossen Privateigentum bzw. dem Finanzvermögen zuzuordnen sind, kommt es hier nicht an. In beiden Fällen liegt keine Beschaffung vor.

B. Zur öffentlich-rechtlichen Natur des Entscheids über die Auswahl eines Nutzers einer öffentlichen Sache

1. Im Speziellen: Werbung in Bahnhöfen und Zügen

Die durch das BVGer vorgenommene Qualifikation der Bahnhofswände (an denen traditionelle oder elektronisch erzeugte Publikumswerbung angebracht wird) als öffentliche Sache überzeugt. Wenn ein Bestandteil eines Bahnhofs zur Eisenbahninfrastruktur i.S.v. Art. 62 Abs. 1 und Abs. 2 EBG gehört, handelt es sich dabei um einen Teil einer öffentlichen Sache. Die Verwendung dieses Bestandteils für kommerzielle Zwecke verändert weder die Qualifikation der Sache noch jene des Teils.

Ob die Werbung direkt auf die Sache aufgebracht (durch Kleben, Malen oder Lichtprojektion) oder mithilfe besonderer Vorrichtungen (Plakaträhmen oder Bildschirme) präsentiert wird, spielt dabei keine Rolle, denn immer ist es die Sache selbst, die dabei beansprucht beziehungsweise verwendet wird. Ebensowenig spielt der Umstand eine Rolle, dass die Werbung den Zweck des Bahnhofs nicht beeinträchtigen darf (vgl. Art. 18b Abs. 1 lit. a PBG) und sich die Beanspruchung der öffentlichen Sache somit auf Aspekte derselben beschränkt, die für den öffentlichen Zweck nicht unmittelbar benötigt werden. Es ist unter anderem gerade der Schutz der öffentlichen Zweckbestimmung des Bahnhofs, welcher es verbietet, Teile des Bahnhofs, die zur gesetzlich regulierten Infrastruktur gehören, aus dem Geltungsbereich des öffentlichen Rechts zu entlassen. Bei der Schaffung von Art. 18b PBG ging es nicht zuletzt auch darum, Anlagen und Fahrzeuge von Eisenbahnunternehmen trotz kommerzieller Nebennutzung ebenso für nicht-kommerzielle Nebennutzungen offenzuhalten.⁸¹ Die Sache ist daher gesamthaft unter der

⁸¹ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7197: «Schliesslich wird verankert, dass die Eisenbahnunternehmen ihre Fahrzeuge und Anlagen, die dem Betrieb der Eisenbahn dienen, gleichzeitig auch anderweitig kommerziell nutzen können. Tun sie dies, so müssen diese Nutzungsmöglichkeiten aber auch nicht kommerziellen Nutzungen offenstehen. [...] Die Transportunternehmen hätten es vorgezogen, nur das Recht auf Nebennutzungen zu verankern, nicht aber die Verpflichtung, diese Nutzungsmöglichkeiten auch nicht kommerziellen Interessenten gegen eine Aufwandsentschädigung an-

Geltung des öffentlichen Rechts zu belassen, ansonsten auch diese Öffnung gefährdet werden könnte.

Dazu kommt, dass Eisenbahninfrastruktur Teil eines mit öffentlicher Hilfe (insb. rechtlicher und finanzieller Art) geschaffenen und aufrechterhaltenen Gesamtsystems darstellt und dass deren Nutzung daher namentlich dann, wenn sie kommerzieller Natur ist, keine Privatangelegenheit darstellt, sondern das öffentliche Interesse berührt. Das gilt nicht nur, aber besonders dann, wenn es um eine kommerzielle Nutzung eines Bahnhofs geht, welche für das nutzende Unternehmen Vorteile birgt, welche anderweitig nicht oder kaum in gleichem Masse erreichbar wären, wenn mit der Nutzung also eine gewisse Sonderstellung im Markt einhergeht.

Im Sinne des Ausgeführten spielt es keine Rolle, dass sich das Gericht im rapportierten Entscheid auf die Wände der Bahnhöfe konzentriert und die auf den Zirkulationsflächen (insb. in Unterführungen und auf Perrons) stehenden Plakatvorrichtungen und Bildschirme nicht spezifisch anspricht. Auch diese Vorrichtungen und Bildschirme sind mit dem Boden der öffentlichen Sache verbunden und beanspruchen dieselbe. Auch für diese kann also nicht von einer dem öffentlichen Recht entzogenen Nutzung ausgegangen werden. Gleichermassen finden holographische Darstellungen von Werbung in Räumen von Bahnhöfen (und Zügen) unter Beanspruchung der öffentlichen Sache statt, zu der auch der durch sie spezifisch geschaffene Raum zu zählen ist, zumindest wenn Menschen im Rahmen des Betriebs und bei der Benützung des öffentlichen Verkehrs diesen Raum als solchen wahrnehmen.

In Bezug auf die in casu nicht streitbetroffene Werbung in Zügen (der SBB AG) kann festgehalten werden, dass auch dem öffentlichen Personenverkehr dienende Züge als öffentliche Sachen zu qualifizieren sind (vgl. Art. 18a f. PBG) und dass für sie daher das zu den Bahnhöfen Gesagte analog gilt. Ein «Fahrzeug» im Sinne des PBG und damit eine öffentliche Sache kann jedoch nicht lediglich eine Eisenbahn sein, sondern auch alle anderen Verkehrsmittel des öffentlichen Verkehrs (vgl. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 lit. b und lit. c PBG). Die kommerzielle Nutzung auch dieser Fahrzeuge ist keine reine Privatsache, sondern unterliegt dem öffentlichen Recht, zumindest soweit sie die öffentliche Nutzung berührt (und nicht z.B. in der Nutzung eines Linienbusses für kommerzielle Ausflugsfahrten besteht), also namentlich wenn es um Werbung in Passagierräumen geht.

Im Übrigen ist hervorzuheben, dass sich aus Art. 18a und Art. 18b PBG ergibt, dass die Nutzung der dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen und Fahrzeuge durch Passa-

zubieten. Das Beispiel der Unterschriftensammlungen auf Bahnhofsareal hat aber gezeigt, dass sich kommerzielle Nebennutzungen nur dann rechtfertigen lassen, wenn daneben nicht kommerzielle Nutzungen möglich bleiben».

gierinnen und Passagiere, aber auch die Nebennutzung durch gemeinnützige, politische oder religiöse Organisationen oder durch kommerziell orientierte Unternehmen, eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit ist. Nach Art. 18a PBG können die Verkehrsunternehmen Vorschriften betreffend die Benützung erlassen (Abs. 1), welche zu publizieren sind (Abs. 3) und zu deren Durchsetzung Verfügungen erlassen werden können (Abs. 2; vgl. auch Art. 56 Abs. 2 PBG). Und nach Art. 18b PBG können die Verkehrsunternehmen (kommerzielle und nicht-kommerzielle) «Nebennutzungen des gesteigerten Gemeingebrauchs» von der Erteilung einer Bewilligung abhängig machen (Abs. 2). Für jegliche Nebennutzungen kann eine Entschädigung verlangt werden, doch darf diese bei nicht-kommerzieller Nebennutzung in der Form des allgemeinen oder des gesteigerten Gemeingebrauchs den Betrag des entstandenen Aufwands nicht übersteigen (Abs. 3).

Das BVGer weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass gemäss Art. 18b Abs. 4 PBG nur «Streitigkeiten zwischen kommerziellen Nutzerinnen oder Nutzern und den [Verkehrs-]Unternehmen» durch das Zivilgericht (und nicht durch die Verwaltungsrechtspflege; Art. 56 Abs. 2 PBG) beurteilt werden und dass diese Bestimmung parallel mit dem zum gleichen Zeitpunkt eingeführten Art. 39 Abs. 4 EBG betreffend kommerzielle Nebenbetriebe zu lesen ist, wonach nur «Streitigkeiten zwischen Mietern von Räumen für Nebenbetriebe und den Eisenbahnunternehmen» der Beurteilung durch «das Zivilgericht» unterliegen. In dieser zweiten Bestimmung werden die Privatunternehmen als Vertragspartner und der Gegenstand der Streitigkeit demnach als dem Vertrag (oder seiner Verhandlung) entspringend angesprochen; das mit dem kommerziellen Nutzer eingegangene Vertragsverhältnis, einschliesslich der Frage seines Zustandekommens und jener nach den Folgen gescheiterter Verhandlungen, soll demnach dem Privatrecht unterliegen, nicht jedoch die Frage, ob und inwieweit eine öffentliche Sache kommerziell genutzt wird, ob diese Nutzung Dritten übertragen (bzw. erlaubt) wird und welche Dritten dies im konkreten Fall sind. Dieser letzte Punkt ist keine rein vertragliche Frage (auch wenn sich die privatrechtliche Vertragsfreiheit gerade auch auf die Wahl des Vertragspartners bezieht). Denn er betrifft im Kern die Konkurrenz zwischen verschiedenen möglichen Vertragspartnern und nur in diesem Rahmen mitunter auch die Frage, welcher Vertragsinhalt möglicherweise vereinbart werden könnte.

2. Im Allgemeinen: Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen

Das BVGer lässt im konkreten Fall offen, ob die SBB AG verpflichtet war, die dem öffentlichen Recht unterliegende Auswahl von Pächterinnen für die Werbeflächen öffentlich auszuschreiben⁸² – das heisst, ob die SBB gehalten war, eine an jedes interessierte Unternehmen gerichtete Einladung zur Offertstellung zu publizieren und unter Wahrung

⁸² BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Sachverhalt F.b, E. 5.3.

der Gleichbehandlung allein nach objektiven Kriterien das zu berücksichtigende Unternehmen auszuwählen. Denn unstreitig hatte die SBB AG in casu eine öffentliche Ausschreibung publiziert.⁸³ Die Beschwerdeführerin behauptete im Übrigen nicht, dass die SBB AG nicht objektive oder diskriminierende Kriterien ausgeschrieben hätte (sondern sie rügte, dass die ausgeschriebenen Regeln sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Bewertung nicht respektiert und der Entscheid zudem nicht hinreichend begründet worden seien).⁸⁴

a) Öffentlich veranlasste Geschäfte

Wenn die Auswahl von Unternehmen, die eine öffentliche Sache i.e.S. kommerziell nutzen wollen, dem öffentlichen Recht unterstellt ist,⁸⁵ selbst wenn sich die Motivation auch des verpachtenden Subjekts auf monetäre Interessen beschränkt,⁸⁶ sind bei dieser Auswahl insbesondere die Art. 27 und Art. 94 BV⁸⁷ zu beachten,⁸⁸ jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität des Verwaltungshandelns.⁸⁹

⁸³ Ausschreibung «Fremdwerbeflächen» (SBB Immobilien) in: SHAB vom 23. Februar 2017 (Melungs-Nr. 3362501).

⁸⁴ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, Sachverhalt B.

⁸⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6, E. 2.5. – Vgl. allgemein WALDMANN, S. 18: «Der Akt der Konzessionserteilung wird im Allgemeinen als mitwirkungsbedürftige Verfügung betrachtet. Damit hat der Konzessionserteilung ein Verwaltungsverfahren voranzugehen» (vgl. a.a.O., S. 9: Sondernutzungskonzessionen sind hier eingeschlossen).

⁸⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.6.

⁸⁷ Vgl. BGE 143 II 425, E. 4.2: «Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 27 BV und Art. 94 BV. Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit garantiert, schützt Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Beide Aspekte sind eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden. In diesem Gefüge kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität eine Scharnierfunktion zu»; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 28 ff.

⁸⁸ BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 65: Der dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität entsprechende Grundsatz der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer «hat eigenständige Bedeutung, weil sich danach jedes staatliche Handeln zu richten hat, also nicht nur Eingriffe und Belastungen, sondern auch die Regelung der Benutzung des öffentlichen Grundes, staatliche Förderungsmassnahmen sowie staatliches Handeln in Bereichen, in denen der Staat von Verfassungen wegen grundsatzwidrig tätig werden darf».

⁸⁹ Vgl. zu diesem Grundsatz, der mitunter auch Grundsatz der «Gleichbehandlung der Gewerbetenossen/Wettbewerbsteilnehmer» genannt wird, BGE 121 I 279, E. 4a: «Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind [...]. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit den gleichen Angeboten an das gleiche Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen». Vgl. auch BGE 143 II 425, E. 4.2; DIEBOLD, S. 221 f.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 62 ff. und Art. 94 N 9; SGK BV-VALLENDER, Art. 27

Diesem Grundsatz kann meiner Auffassung nach⁹⁰ im Falle der öffentlichen Auswahl von Unternehmen, denen eine Geschäftsgelegenheit zuteil kommt, welche anderen interessierten Unternehmen während einer bestimmten Zeit vorenthalten bleibt, im Regelfall nur dadurch genügt werden, dass sich alle interessierten Unternehmen im Rahmen eines publizierten und auch ansonsten transparenten Verfahrens bewerben können, das durch objektive und gleichbehandelnd angewandte Kriterien⁹¹ beherrscht wird.⁹² Die Nicht-

N 28 ff. und Art. 94 N 6; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 4, N 23 ff., insb. N 26; WALDMANN, S. 24: «Zwar ist der Zugang zu den öffentlichen Gütern naturgemäss beschränkt und eine strikte Gleichbehandlung daher kaum je möglich; die Behörden sind aber verpflichtet, bei der Zuteilung dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 4 BV) Rechnung zu tragen und unter den (direkten) Konkurrenten möglichst faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Zu Recht wird in der Lehre gefordert, diesen Grundsatz nicht nur für den gesteigerten Gemeingebrauch, sondern auch für die Sondernutzung anzuwenden».

⁹⁰ Vgl. indessen auch DIEBOLD, S. 222; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 76: «Das Verfahren der Zuteilung [von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch zu kommerziellen Zwecken] sollte ähnlichen Leitlinien wie eine Beschaffung folgen [...], d.h. möglichen Interessierten in angemessener Form bekannt gemacht werden und transparent hinsichtlich der Auswahlkriterien und des Verfahrens sein», N 80: «Im Ergebnis kommen die Pflicht zur Ausschreibung und ein Diskriminierungsverbot einer korrekten verfassungsrechtlichen Zuteilung sehr nahe».

⁹¹ Vgl. BGE 121 I 179, E. 6b und E. 6c (Zitate in Fn. 92); BGE 128 I 136, E. 4.1 («unter den vorhandenen Angeboten das ihr am besten erscheinende auszuwählen»); BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 77 («Das Gemeinwesen kann bei der Verteilung an wirtschaftlich Interessierte – anders als etwa bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit – auch Qualitätskriterien und eigene Präferenzen einfließen lassen»). Entgegen SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 39, bin ich der Ansicht (vgl. auch BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 77), dass es unter dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durchaus zulässig ist, wenn eine Gemeinde auf einem bestimmten Platz eines Jahrmarkts jeweils ein grosses Riesenrad aufgestellt haben will, was Anbieterinnen kleiner Riesenräder a priori ausschliesst, solange die Gemeinde den Wettbewerb bezüglich grosser Riesenräder spielen lässt. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität greift nur im jeweils relevanten Markt (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 66), und solange objektive, sachliche und nichtdiskriminierende (nicht willkürliche) Gründe (vgl. auch BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 77) dafür sprechen, ist es der Verwalterin einer öffentlichen Sache unbenommen, durch einen Definitionsentscheid den relevanten Markt einzuschränken. Ob, wenn es um gesteigerten Gemeingebrauch geht, ein Unternehmen, das durch einen in Bezug auf einen bestimmten Standort getroffenen Definitionsentscheid ausgeschlossen wird, in seinem bedingten Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grunds verletzt ist, ist eine andere Frage. Eine Verletzung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn das Unternehmen in Bezug auf einen einzigen Standort (zu einem spezifischen Zeitpunkt) ausgeschlossen wird. Sofern also objektive Kriterien gleichbehandelnd angewandt werden, kann sich dabei auch ergeben, dass dieselbe Unternehmung mehrmals den Wettbewerb gewinnt, ohne dass hierin per se eine Gefährdung der Wettbewerbsneutralität zu erkennen wäre. – Vgl. ferner sinngemäss (in Bezug auf Monopolkonzessionen) DUBEY/ZUFFEREY, Nr. 1433 ff., Nr. 1437.

⁹² So auch DIEBOLD, S. 248 (Zitat in Fn. 100). – Vgl. in Bezug auf die Bewilligung von relativ kurzweiliger Benützung des öffentlichen Grunds im Sinne von gesteigertem Gemeingebrauch BGE 121 I 279, E. 6b: «Art. 31 BV [= aBV 1874] garantiert keine durchgehende, absolute Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden. Systembedingte oder sonstwie sachlich unumgängliche Ungleichheiten sind zu-

lässig, müssen jedoch minimiert werden. Geht es, wie hier, um die Zuteilung öffentlichen Grundes, bei der wegen des Überhanges der Nachfrage von vornherein nur ein kleiner Teil der interessierten Konkurrenten berücksichtigt werden kann, kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen nicht die gleiche Tragweite zu wie in Bereichen, wo die Regelung der Zulassungsvoraussetzungen nicht durch Kapazitätsschranken beeinflusst wird. Das beschränkte Platzangebot macht von vornherein eine Auswahl unter den Interessenten erforderlich [...]. Es liegt in der Natur der Sache, dass nicht alle Bewerber zugleich berücksichtigt werden können.» Der Umstand, dass bestimmte Werbeflächen während bestimmter Zeit nur einer ausgewählten Unternehmung zur Bewirtschaftung offenstehen, steht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht per se entgegen, auch wenn demgemäss ständiger Wettbewerb zwischen verschiedenen Bewirtschaftern derselben Werbefläche ausgeschlossen ist (vgl. auch BGE 128 I 136, E. 4.1). Erforderlich ist aber, dass periodisch eine Wettbewerbssituation in Bezug auf die wirtschaftliche Exklusivstellung, die der Pächterin der Werbeflächen zukommt, geschaffen wird. BGE 121 I 179, E. 6b: «Nicht in der Natur der Sache liegt hingegen, dass bestimmte Unternehmen in der Platzzuteilung gegenüber andern regelmässig bevorzugt werden. Gerade der Umstand, dass es naturgemäss keinen freien Wettbewerb gibt, verpflichtet die Behörden dazu, dem institutionellen Gehalt der Handels- und Gewerbefreiheit Rechnung zu tragen und ihre Bewilligungspraxis so auszugestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden. Der Staat darf nicht bei der Benutzung öffentlichen Grundes einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber ihren direkten Konkurrenten ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen». Im Rahmen dieser Wettbewerbssituation ist nach objektiven, nicht-diskriminierenden Kriterien auszuwählen. BGE 121 I 179, E. 6c/aa: «Einerseits verlangt der Grundsatz der Behandlung der Gewerbetenossen [sic] selber, dass objektiven Unterschieden zwischen den Bewerbern Rechnung getragen wird, würde doch sonst Ungleiches gleich behandelt. [...] Es ist daher zulässig, sachliche Unterschiede, die in der Struktur der konkurrierenden Unternehmen begründet sind, mitzubehütenden» (vgl. hierzu auch BGE 128 I 136, E. 4.1), E. 6c/bb: «Andererseits können haltbare öffentliche Interessen und Anliegen eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung in gewissen Grenzen rechtfertigen. Dem Gemeinwesen steht ein grosses Ermessen zu in der Frage, wie es seine öffentlichen Anlagen nutzen will; es kann deshalb bei der Bewilligungserteilung auch andere als rein polizeiliche Interessen zugrunde legen, wie zum Beispiel kulturpolitische Anliegen [...]. In diesem Rahmen erscheint es daher zulässig, Unterschiede im Programm der verschiedenen Bewerber zu berücksichtigen. [...] Allerdings muss eine solcherart begründete Ungleichbehandlung verhältnismässig sein und darf das Gleichbehandlungsgebot nicht seiner Substanz berauben. Geht es darum, die Gesuche direkter Konkurrenten zu beurteilen, die sich auf das aus Art. 31 BV abgeleitete Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen berufen können, ist das Ermessen des Gemeinwesens kleiner als bei der Beurteilung verschiedenartiger Nutzungsbegehren, bei der nur das diesbezüglich weniger weit gehende allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 4 BV) zur Anwendung kommt», E. 6c/cc: «Mit Art. 31 BV unvereinbar und daher unzulässig sind Ungleichbehandlungen, die mit gewerbe- oder wirtschaftspolitischen Überlegungen begründet sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen [...]. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen verlangt, dass bisher Berechtigte nicht allein aufgrund ihrer bisherigen Bevorzugung weiterhin privilegiert werden, sondern dass im Gegenteil auch neue Interessenten zum Zuge kommen können». BGE 128 I 136, E. 4.1: «Wo [...] jeweils nur ein einziger Bewerber den Standplatz für eine bestimmte Einrichtung erhalten kann, handelt die Gemeinde beim Zuteilungsentscheid nicht nur als für die Verwirklichung der Grundrechte mitverantwortliche Hoheitsträgerin, sondern sie hat bis zu einem gewissen Grade [...] zugleich die Stellung eines Marktteilnehmers, indem sie – in Wahrung ihrer eigenen Interessen

publikation von durch öffentliche Stellen eröffneten Geschäftsgelegenheiten verstösst gegen der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, weil dadurch die in Kenntnis gesetzten Unternehmen einen an sich ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber den in Unkenntnis gelassenen (oder von vornherein ausgeschlossenen) Unternehmen erhalten. Und die Anwendung subjektiver oder diskriminierender Kriterien führte zu einer sachfremden Beeinflussung des Wettbewerbs und verstiesse ebenso gegen den genannten Grundsatz. Schliesslich kann nur in einem transparenten (und einer Beschwerdemöglichkeit unterstellten⁹³) Verfahren in hinreichender Weise sichergestellt werden, dass keine unzulässigen Kriterien zur Anwendung kommen.⁹⁴

Aus dem Gesagten folgt meiner Meinung nach, dass jegliche Sondernutzungskonzessionen (an öffentlichen Sachen i.e.S.), die zwecks kommerzieller Nutzung erteilt werden, so dass andere interessierte Unternehmen während einer erheblichen Dauer oder zu einem erheblichen Zeitpunkt von der entsprechenden Geschäftsmöglichkeit am betreffenden Ort ausgeschlossen werden, der öffentlichen Ausschreibung im beschriebenen Sinne

oder, bei Unterhaltungseinrichtungen der vorliegenden Art, in Berücksichtigung der mutmasslichen Publikumsbedürfnisse – unter den vorhandenen Angeboten das ihr am besten erscheinende auszuwählen hat». – Zu diesen Zitaten ist zu präzisieren, dass sie zwar die Zuteilung von Zirkus- und Jahrmarktstandplätzen betreffen, also die Überlassung von öffentlichem Grund für gesteigerten Gemeingebrauch von relativ kurzer Dauer, wobei die im Markt bestehenden Angebote häufig nicht identisch bzw. direkt substituierbar sind. Diese Umstände hindern indessen nicht die Übertragbarkeit der durch das BGER herausgearbeiteten Aspekte des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität auf die Zuteilung von Sondernutzungskonzessionen betreffend kommerzielle Werbung auf öffentlichen Sachen. Ganz im Gegenteil: Hier bestehen im Markt ohne weiteres direkt substituierbare Angebote mehrerer Unternehmen, die bezüglich der Bewirtschaftung solcher Flächen in der Schweiz und teils auch anderswo konkurrieren. Die Veranstaltung einer Wettbewerbssituation in der Form eines allgemein zugänglichen Ausschreibungsverfahrens ist hier also weitaus einfacher als bei Zirkussen sowie Fahrgeräten und Ständen für Jahrmärkte. Zudem spielt die Frage, ob es einen aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten, bedingten Anspruch auf Zuteilung auch von Sondernutzungskonzessionen gibt (vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 16), wie das für den gesteigerten Gemeingebrauch aus kommerziellen Gründen gilt (vgl. BGE 128 I 136, E. 4.1; BGE 121 I 279, E. 2a; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 72 ff.), keine Rolle, wenn die Verwalterin einer öffentlichen Sache dieselbe tatsächlich zur kommerziellen Fremdnutzung freigibt (vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 74: «Erst wenn diese Nutzungsform [Randnutzung von Verwaltungsvermögen] freiwillig geschaffen wird, das entsprechende Verwaltungsvermögen dieser Form der Nutzung also gewidmet wird, aktualisiert sich der bedingte Anspruch»). Schliesslich ist klar, dass alles, was das BGER unter dem Titel des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität zum gesteigerten Gemeingebrauch aus kommerziellen Gründen festgehalten hat, erst recht für kommerziell genutzte Sondernutzungskonzessionen gelten muss, weil der Wettbewerb unter den interessierten Konkurrenten hier aufgrund der Intensität, der Exklusivität und der Dauerhaftigkeit der dem Konzessionär erlaubten Nutzung besonders stark eingeschränkt ist, was in besonderem Masse eine periodische Wiedereröffnung des Marktes erfordert. – Vgl. im Übrigen auch OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 27.

⁹³ DIEBOLD, S. 222, mit Verweis auf Art. 29a BV.

⁹⁴ DIEBOLD, S. 221 f., S. 248 (Zitat in Fn. 100).

bedürfen.⁹⁵ Dass ein durch Ausschreibung eingeleitetes Verfahren in vielen Fällen nicht explizit gesetzlich vorgesehen und ausgestaltet wird, ändert nichts an der Geltung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und der daraus zu ziehenden Konsequenzen.⁹⁶ Soweit hingegen ein Verfahren gesetzlich geregelt ist, entspricht diese Regelung den Art. 27 und 94 BV dann, wenn danach grundsätzlich jede beabsichtigte Konzessionserteilung zu publizieren und jedem interessierten Unternehmen die gleichbehandelnde Möglichkeit einzuräumen ist, sich am entsprechenden Verfahren unter transparenten und objektiven, nicht-diskriminierenden Bedingungen zu beteiligen.⁹⁷ Diese Rechtslage schliesst es nicht aus, dass in Ausnahmefällen auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann,⁹⁸ beispielsweise wenn es um einmalige (und erforderliche) Fähigkeiten des betreffenden Unternehmens oder um andere aus wichtigen Gründen zu akzeptierende Sachzwänge geht.

An dieser Stelle ist präzisierend zu erwähnen, dass die ausschliessliche Nutzung einer öffentlichen Sache zu kommerziellen Zwecken stets eine Sondernutzungskonzession darstellt, deren Vergabe dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität unterworfen ist, unabhängig davon, ob die infrage stehende Wirtschaftstätigkeit in mehr oder minder vergleichbarer Art auch auf anderen öffentlichen oder auf privaten Sachen in sinnvoller Weise stattfinden könnte. Es kommt also nicht darauf an, ob die infrage stehende Nutzung ausschliesslich an einer bestimmten öffentlichen Sache (oder allenfalls: ausschliesslich an verschiedenen zur Auswahl stehenden öffentlichen Sachen) möglich ist und ob demnach mit der Sondernutzungskonzession eine besondere oder exklusive Marktstellung einhergeht (es geht hier nicht um die anders gelagerte Frage, ob ein unabhängig von öffentlichen Sachen stehender staatlicher Akt dazu führt, dass ein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer eine besondere oder exklusive Stellung faktischer oder rechtlicher Natur eingeräumt erhält). Denn jede Geschäftsmöglichkeit, welche aufgrund einer öffentlichen Sache durch die Verwalterin dieser Sache einem Privaten eingeräumt wird, bedeutet die Einräumung eines wirtschaftlichen Vorteils insoweit, als kein anderes Unternehmen dieselbe Möglichkeit wahrnehmen kann und die Substitutionsmöglichkeiten weder unendlich noch notgedrungen gleichwertig sind.⁹⁹ Dieser wirtschaftliche Vorteil wird durch einen staatlichen oder staatlich konzessionierten Akteur eingeräumt und darf daher nur unter Beachtung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität, nicht jedoch nach Belieben, einem im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehenden Privaten

⁹⁵ So auch die Wettbewerbskommission (WEKO) in: Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2015/3, S. 546 f., S. 546, Nr. 4, S. 547, Nr. 8 f.; RPW 2011/2, S. 345 ff., S. 347, Nr. 28 ff.

⁹⁶ DIEBOLD, S. 221.

⁹⁷ Vgl. auch Wettbewerbskommission (WEKO) in: RPW 2015/3, S. 546 f., S. 547, Nr. 8 f.

⁹⁸ Vgl. auch DIEBOLD, S. 222.

⁹⁹ Vgl. auch DIEBOLD, S. 248 (Zitat in Fn. 100); BGer 2C_569/2018, Urteil vom 27. Mai 2019, E. 6.3.

zukommen.¹⁰⁰ In einem analogen Sinne erscheint auch die Vergabe eines öffentlichen Beschaffungsauftrags im Lichte des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität als staatliche Einräumung einer wirtschaftlichen Sonderstellung, unabhängig davon, dass es in aller Regel auch andere öffentliche (und allenfalls auch private) Auftraggeber geben mag, die vergleichbare Aufträge vergeben.

Damit ist davon auszugehen, dass auch die Auswahl von Unternehmen zur Verpachtung von «auf die Bedürfnisse der Bahnkundschaft ausgerichtet[en]», kommerziellen Nebenbetriebsstätten in Bahnhöfen und Zügen i.S.v. Art. 39 EBG dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gehorchen muss und dass demnach auch diese Auswahl grundsätzlich in einem Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist.¹⁰¹ Dass Nebenbetriebsstätten i.S.v. Art. 39 EBG auf ausgesonderten Flächen und teilweise in separaten Räumen von Bahnhöfen und Zügen eingerichtet sind, die nicht zugleich auch für den öffentlichen Zweck der Sache verwendet werden,¹⁰² ändert nichts daran, dass es sich bei diesen Flächen und Räumen in der Regel um unselbständige Teile der öffentlichen Sache selbst handelt und dass die Verfügung darüber demnach dem öffentlichen Recht zu unterstellen ist, selbst wenn daneben vertragliche Fragen zwischen der Verwalterin der Sache und der Pächterin dem Zivilrecht unterstellt sind (vgl. Art. 39 Abs. 4 EBG).¹⁰³ Mit Blick auf die wohl

¹⁰⁰ Ähnlich DIEBOLD, S. 245: «Besteht nur ein Interessent, wie beispielweise bei der Nutzung der öffentlichen Strasse durch ein angrenzendes Strassencafé, stellen sich hinsichtlich Koordinierung und Auswahlverfahren keine Probleme. In den meisten Fällen aber können knapp verfügbare öffentliche Sachen nicht durch alle Interessenten genutzt werden. Der Staat muss eine Auswahl treffen, womit sich die Frage aufdrängt, nach welchem Verfahren die Nutzungsrechte vergeben werden sollen. [...] Je grösser die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt bzw. je grösser der sich aus dem Nutzungsrecht ergebende Wettbewerbsvorteil, umso höher die Anforderungen an ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren. Dieses Kriterium dient auch zur Prüfung, ob der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit eröffnet ist», S. 248 (unter Hinweis auf BGer 2C_660/2011, Urteil vom 9. Februar 2012, E. 2.1): «Wenn die Nachfrage für Nutzungsrechte das Angebot übersteigt, gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten. Daraus leitet das Bundesgericht ab, dass die Vergabe nach objektiven Kriterien zu erfolgen hat und die systematische Bevorzugung von bestimmten Bewerbern unzulässig ist».

¹⁰¹ A.M. BVGer B-1231/2019, Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3 und E. 4.3 (dazu Fn. 103).

¹⁰² Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5; Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7206.

¹⁰³ Vgl. BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.4.3: Das Gericht zieht eine Parallele zwischen den zum gleichen Zeitpunkt eingeführten und im Kern übereinstimmenden Art. 18b Abs. 4 PBG und Art. 39 Abs. 4 EBG. Es schliesst (u.a.) aus dem Wortlaut von Art. 39 Abs. 4 EBG («Mieter»; ein vertragsrechtlicher Terminus) darauf, dass der Art. 18b Abs. 4 PBG lediglich vertragliche Rechtsfragen der Zivilgerichtsbarkeit unterstellen, die Frage nach der Auswahl des die öffentliche Sache kommerziell nutzenden Unternehmens jedoch dem öffentlichen Recht überlassen will. Hieraus wiederum kann m.E. geschlossen werden, dass auch das BVGer der Ansicht sein

dürfte, dass die Verpachtung von Nebenbetrieben dem öffentlichen Recht unterstellt ist, soweit es um die Frage der Auswahl von Unternehmen geht (diese Frage war in casu allerdings nicht streitig, weil das BVGer die Werbeflächen nicht als Nebenbetrieb i.S.v. Art. 39 EBG, sondern als Nebennutzung i.S.v. Art. 18b PBG qualifiziert hat, was nicht ohne jeden Zweifel erscheint, zumal ein Betrieb nicht notgedrungen die Präsenz von Menschen voraussetzt, juristisch jedoch aufgrund der Parallelität der zitierten Bestimmungen ohne erhebliche Auswirkungen bleiben dürfte). – A.M. jedoch (auf einer Prima-facie-Basis) BVGer B-1231/2019, Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3 und E. 4.3, betreffend die Verpachtung von kommerziell genutzten Flächen in einem neu gebauten Bahnhof: Hier geht das BVGer davon aus, es ergebe sich aus BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1, dass ein Bahnhof nur gerade in dem Umfang bzw. in jenen Teilen eine öffentliche Sache i.e.S. darstelle, in dem bzw. durch die er unmittelbar der Erbringung von Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs diene (Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3: «Font notamment partie des infrastructures les gares (art. 62 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer [LCdF, RS 742.101]), dans la mesure où elles sont directement consacrées à la réalisation de prestations de transport public (cf. décision incidente du TAF B-6872/2017 du 16 mai 2018 consid. 2.3.1)»). Das ergibt sich aus der angegebenen Erwägung des Zwischenentscheids vom 16. Mai 2018 aber nicht. Dieser Erwägung lässt sich nur entnehmen, dass Bahnhöfe öffentliche Sachen i.e.S. sind, deren Verwaltung «die Wahrnehmung einer Staatsaufgabe» darstellt, was «die Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte mit sich bringt» (BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.1; vgl. auch BGE 138 I 274, E. 1.4 und E. 2.2.1). Gestützt auf seine (hier kritisierte) Sichtweise, Bahnhöfe seien nur dort öffentliche Sachen, wo sie unmittelbar dem öffentlichen Verkehr dienen, nimmt das BVGer im Zwischenentscheid vom 16. April 2019 (E. 4.2.3) an, nur jene Verwaltungshandlungen eines Eisenbahnunternehmens betreffend Bahnhöfe seien dem öffentlichen Recht unterworfen, welche den öffentlichen Verkehr betreffen (Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3: «Leur gestion ressort ainsi *a priori* du droit public, pour autant que celle-ci concerne la réalisation de telles prestations»). Demgegenüber verfolge ein Eisenbahnunternehmen bei der Verpachtung von in Bahnhöfen liegenden Flächen (bzw. Räumen) für kommerzielle Nutzungen (insb. von Verkaufs- und Verpflegungslokalen) allein kommerzielle Interessen (Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3: «en louant des surfaces commerciales dans le périmètre des gares, l'autorité inférieure poursuit avant tout un intérêt privé; il en va de même de ses partenaires commerciaux»). Zudem sei zu beachten, dass interessierte Unternehmen nicht nur in Bahnhöfen, sondern auch in den (nicht dem Eisenbahnunternehmen gehörenden) Liegenschaften in der Nähe von Bahnhöfen Flächen pachten könnten, so dass den Eisenbahnunternehmen diesbezüglich keine Monopolstellung als Verpächterinnen zukomme (Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3: «Il convient en particulier de noter que ceux-ci [partenaires commerciaux de l'entreprise de chemins de fer] peuvent utiliser des surfaces de remplacement dans le périmètre des gares, de sorte qu'il existe un véritable marché de la location de surfaces commerciales; aucun monopole de fait n'est dès lors à craindre»; vgl. hierzu die gegenteilige Auffassung des BGER im Urteil 2C_569/2018, 27. Mai 2019, E. 6.3). Schliesslich weist das Gericht darauf hin, dass die Vertragsbeziehung zwischen der Pächterin einer kommerziellen Fläche im Bahnhof und dem Eisenbahnunternehmen nach Art. 39 Abs. 4 EBG kraft gesetzlicher Bestimmung dem Privatrecht unterstellt ist (Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.2.3). Aus alledem ergibt sich damit nach Auffassung des BVGer prima facie, dass die durch das Eisenbahnunternehmen vorgenommene Auswahl von kommerziellen Pächterinnen eines Bahnhofs-Nebenbetriebs i.S.v. Art. 39 EBG dem öffentlichen Recht nicht unterstellt sei (BVGer B-1231/2019, Zwischenentscheid vom 16. April 2019, E. 4.3). – Dieser Zwischenentscheid steht meiner Ansicht nach im Widerspruch zum Zwischenentscheid BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018

(insb. E. 2.4.3), wiewohl dieser nicht Nebenbetriebsstätten gemäss Art. 39 EBG, sondern Nebennutzungen i.S.v. Art. 18b PBG zum Gegenstand hat. Denn in diesem früheren Entscheid wird gerade kein Unterschied darnach gemacht, ob eine einen Bahnhof betreffende Verwaltungshandlung der Erbringung von Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs dient oder bloss kommerziellen Interessen (des Eisenbahnunternehmens). Und dieser Entscheid zeigt überzeugend auf, dass Art. 18b Abs. 4 PBG und Art. 39 Abs. 4 PBG zumindest insoweit parallel zu lesen sind, als sich aus ihnen zum einen ergibt, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen dem Eisenbahnunternehmen und dem kommerziellen Nutzer dem Zivilrecht unterordnet, und zum anderen, gewissermassen e contrario, dass die Frage der Auswahl eines künftigen Nutzers (aus verschiedenen interessierten potentiellen Nutzern) wie die übrige Verwaltung der öffentlichen Sache Bahnhof dem öffentlichen Recht unterstellt bleibt, dass also die gesetzliche Zuordnung des Vertragsverhältnisses zum Zivilrecht als Ausnahme und die Geltung des öffentlichen Rechts für die übrigen Fragen als Regel zu betrachten ist. Im Übrigen ist gerade nicht massgeblich, aus welchen Interessen die Verwalterin der öffentlichen Sache dieselbe nutzen oder einem Dritten zur Nutzung überlassen will (vgl. BGE 138 I 274, E. 1.4: «Aus der Möglichkeit kommerziell tätig zu sein, folgt nicht abstrakt, dass es sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit handelt; massgebend ist immer die konkrete Regelung bzw. Konstellation»; BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 2.3.5); entscheidend ist, dass es um die Verwaltung einer öffentlichen Sache geht und nicht um jene von sachenrechtlich selbständigen Grundstücken (inkl. Baurechten), die dem Finanzvermögen zuzuordnen wären. Insofern ist nicht relevant, in welchem Mass kommerzielle Flächen (bzw. Räume) in Bahnhöfen möglicherweise durch andernorts gelegene Flächen substituiert werden können. Dass Bahnhöfe nicht die einzigen Möglichkeiten zur Pacht entsprechender Flächen bieten, ist gewiss, doch ist ebenso klar, dass Flächen in Bahnhöfen in aller Regel besonders attraktiv sind, namentlich aufgrund der hohen Personenfrequenzen und der verlängerten Öffnungszeiten (Art. 39 Abs. 3 EBG). Insoweit handelt es sich bei Flächen in Bahnhöfen zumindest nicht um beliebig austauschbare Flächen. Dazu tritt, dass die erweiterten Öffnungszeiten ein rechtliches Privileg bedeuten, das Nutzern bzw. Pächtern von privaten Sachen vorenthalten bleibt. Zudem ändert der Umstand, dass anstatt der Nutzung einer öffentlichen Sache auch private Sachen gleich oder ähnlich genutzt werden können, nichts an der Qualifikation der Sache als öffentlich und auch nichts daran, dass die öffentliche Verwalterin in Bezug auf diese Sache ein Monopol hat (BGR 2C_569/2018, Urteil vom 27. Mai 2019, E. 6.3). Im Übrigen verhält es sich ungeachtet der kommerziellen Interessen, die ein Eisenbahnunternehmen aufgrund der Marktlage bei der Verpachtung von Flächen (bzw. Räumen) in Bahnhöfen verfolgen kann, nicht etwa so, dass kommerzielle Nebennutzungen von Flächen (bzw. Räumen) in Bahnhöfen mit der öffentlichen Aufgabe der Erbringung von Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs schlechterdings nichts zu tun hätten. Vielmehr sind nur solche Nebennutzungen erlaubt, die «auf die Bedürfnisse der Bahnkundschaft ausgerichtet sind» (Art. 39 Abs. 1 EBG). Das zeigt, dass die Nebennutzungen jedenfalls zur Hauptsache die Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs verbessern und ergänzen sollen; dass dabei für die Eisenbahnunternehmen Profit abfällt, ist ein Nebeneffekt, der nicht mit dem gesetzlichen Zweck der Nebenbetriebsstätten zu verwechseln ist. Im gleichen Sinne bezweckt die bundesrechtliche Ausserkraftsetzung kantonaler Vorschriften zu Öffnungs- und Schliessungszeiten für Nebenbetriebsstätten in Bahnhöfen (und Zügen) gemäss Art. 39 Abs. 3 EBG nicht die Bereicherung der Eisenbahnunternehmen (durch höhere Erträge aus den Verpachtungen), sondern den Dienst an den Bedürfnissen der Bahnkundschaft, die auch ausserhalb der kantonalen Öffnungs- und Schliessungszeiten bestimmte Einkaufs- und Verpflegungsbedürfnisse hat. Es ergibt sich also, dass die Eisenbahnunternehmen allenfalls subjektiv davon ausgehen, bei der Verpachtung von Flächen für Nebenbetriebsstätten i.S.v. Art. 39 EBG nur kommerzielle Interessen zu verfolgen, dass sie hier aber tatsächlich – dies im Unterschied zur

wichtigste Sorte von Nebenbetrieben nach Art. 39 EBG, nämlich die Verkaufsstätten und Gaststätten in Bahnhöfen, bedeutet die Ausschreibungspflicht im Übrigen nicht, dass die einzelnen Flächen und Räume für irgendwelche Nutzungen verpachtet werden müssten. Die aus sachlichen Gründen erfolgende Vorgabe bestimmter Nutzungsarten ist nicht per se eine Missachtung der Wettbewerbsneutralität, sondern ein zulässiger Entscheid zur Erreichung des besten Gesamtnutzens. Alle entsprechend gefällten Entscheide über Nutzungen definieren den relevanten Markt in grundsätzlich legitimer Art und sind nicht als unzulässige Beschränkung oder Beeinflussung des Wettbewerbs zu verstehen, auch wenn sie selbstredend Einfluss auf den Kreis der infrage kommenden Pächterinnen und auf die Chancen derselben haben können. Das gilt jedenfalls solange, als nach der Festlegung der Nutzungsarten Wettbewerb um die betreffenden Flächen noch möglich und realistisch ist. Demgegenüber kann von einer Ausschreibung unter Umständen dann abgesehen werden, wenn eine Ausnahmesituation wie weiter oben bezüglich der Nebenutzungen beschrieben vorliegt.

Schliesslich zwingt die Ausschreibungspflicht das Eisenbahnunternehmen nicht zur Vergabe von Flächen in Bahnhöfen und Zügen zur Einrichtung von Nebenbetriebsstätten, soweit das Unternehmen dies nicht für angemessen erachtet (vgl. auch Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 EBG: «befugt»). Immerhin aber verbietet die Ausschreibungspflicht dem Eisenbahnunternehmen die Einrichtung von selbst (und nicht durch Dritte) geführten kommerziellen Nebenbetrieben, ohne dass dies dem Ergebnis eines Ausschreibungsverfahrens entsprochen hätte. Soweit es um kommerzielle Tätigkeiten geht, ist nicht davon auszugehen, dass das Eisenbahnunternehmen sich auf eine Art «Inhouse-Privileg» berufen könnte, wie es im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens bekannt ist.¹⁰⁴ Denn bei diesem Privileg geht es darum, dass eine nicht anbietend im Markt tätige (potentielle) Auftraggeberin beschliesst, benötigte Leistungen mit eigenem Personal und Werkzeug selbst herzustellen bzw. sich selbst zu erbringen, und dass dieser Beschluss wettbewerbsneutral bleibt, weil die Auftraggeberin die staatliche Sphäre nicht verlässt.¹⁰⁵ Wo jedoch ein öffentliches Subjekt selbst kommerziell tätig ist, befindet es sich in der Sphäre des Marktes und darf sich nicht durch privilegierte kommerzielle Nutzung von öffentlichen Sachen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.¹⁰⁶

Verpachtung von Plakatwänden – auch unmittelbar öffentliche Aufgaben im Bereich des öffentlichen Verkehrs erfüllen bzw. erfüllen lassen.

¹⁰⁴ Vgl. insb. Art. 10 Abs. 3 lit. c E-BöB (BBl 2017 2005).

¹⁰⁵ BEYELER, Geltungsanspruch, Nr. 1180 ff., Nr. 1199 ff.

¹⁰⁶ Vgl. sinngemäss BEYELER, Geltungsanspruch, Nr. 1206 ff.

b) Privat veranlasste Geschäfte

Nun sind noch jene Sondernutzungskonzessionen anzusprechen, die das Gemeinwesen nicht selbst in Verfolgung eines spezifischen Interesses initiiert und veranlasst, sondern die auf Privatinitiative hin gestützt auf ein grundsätzlich privat ausgearbeitetes Projekt erteilt werden, wobei sich die Einflussnahme des Gemeinwesens im Wesentlichen auf die rechtmässige Ordnung der infrage stehenden Tätigkeit beschränkt¹⁰⁷ und das Gemeinwesen ohne Initiative des späteren Konzessionärs untätig bliebe.¹⁰⁸ Es geht hier beispielsweise um Wassernutzungskonzessionen nach WRG¹⁰⁹, aber auch etwa um Sondernutzungskonzessionen für Windkraftanlagen, Geothermieprojekte¹¹⁰ oder, unter Umständen, öffentliche Parkhäuser¹¹¹.

¹⁰⁷ Bei solcher Definition des privat bzw. nicht öffentlich veranlassten Geschäfts, welche darauf abstellt, dass das Gemeinwesen keine spezifischen Interessen verfolgt, besteht das Problem nicht, auf welches *POLTIER/PIOTET*, S. 479, hinweisen – nämlich dass eine «Privatinitiative» wohl häufig in der Absicht der Rechtsumgehung vorgeschoben oder künstlich erzeugt würde, falls eine solche Initiative eine Begründung der Nichtgeltung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität bzw. des Art. 2 Abs. 7 BGBM abgäbe. Es gibt zwar öffentliche Beschaffungen sowie Konzessionen, an denen das Gemeinwesen ein spezifisches Interesse hat, welche letztlich auf eine private Initiative (oder auf eine öffentlich-private Ko-Initiative) zurückgehen. Da es hier aber um die Realisierung spezifischer Interessen des Gemeinwesens geht, liegt ein öffentlich veranlasstes Geschäft vor, welches von vornherein nicht die hier erörterten Besonderheiten aufweist. Bei öffentlich veranlassten Geschäften spielt es schlicht keine Rolle, ob und, wenn ja, inwiefern ein Geschäft vielleicht auch auf eine private Initiative zurückgeht.

¹⁰⁸ Vgl. als Beispiel eines Anwendungsfalls im Bereich der Geothermie (was nicht heissen soll, dass es sich in diesem Bereich stets so verhält): BGE 145 II 32, E. 4.2: «En l'occurrence, la demande déposée par l'intimée portant sur un projet-pilote de géothermie profonde ne fait nullement suite à une volonté de l'État de déléguer à une entreprise privée la réalisation d'une tâche publique, qu'il s'agisse d'exploiter en général la géothermie profonde ou de mener un projet-pilote particulier. L'État s'est en effet contenté d'autoriser l'intimée (personne morale privée) à exercer, à la demande de cette dernière, une activité déterminée». – Vgl. zur Thematik der auf Privatinitiative beruhenden Konzessionen auch *DIEBOLD*, S. 249 f. (dieser Autor will das Problem jedoch über Art. 3 Abs. 1 BGBM lösen); *POLTIER/PIOTET*, S. 478 f.

¹⁰⁹ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916; SR 721.80.

¹¹⁰ Vgl. zu dieser Thematik eingehend *POLTIER/PIOTET*, S. 449 ff.; *WIEDERKEHR/ABEGG*, S. 639 ff.

¹¹¹ Vgl. hierzu BGE, Urteil vom 16. Oktober 2012, 2C_198/2012, E. 5.2.4: In casu hatte die Vorinstanz «nicht festgestellt, dass sich der Kanton am vorgesehenen Parking finanziell beteiligen oder er eine private Projektträgerschaft mit dem Bau und Betrieb des Parkings beauftragen würde; dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Nach den Feststellungen der Vorinstanz entstand das Projekt vielmehr aus privater Initiative und die Mitwirkung des Kantons beschränkte sich darauf, die notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen, d.h. einerseits der privaten Bauherrschaft die Nutzung des öffentlichen Grundes für die Realisierung des Parkings zu erlauben und andererseits einen Bebauungsplan zu erlassen. [...] Dass der Kanton [...] eine Wirtschaftlichkeitsrechnung für die Projekte verlangte und diese in den Variantenvergleich einbezog, steht im Zusammenhang mit dem Landeigentümmerrisiko im Hinblick auf die Entrichtung des Baurechtszinses. Sodann ist das Vorgehen, für

i) *Die Besonderheiten privat veranlasster Geschäfte*

Auch diese Konzessionen stellen Geschäftsgelegenheiten dar, die sich aus der Bewirtschaftung einer öffentlichen Sache (i.d.R. unter Hinzufügung privater Investitionen) ergeben; die Verwaltung dieser Sachen, namentlich die Auswahl von Unternehmen für die Erteilung einer kommerziell bewirtschafteten Sondernutzungskonzession, unterliegt dem öffentlichen Recht und damit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (sowie, wo anwendbar, dem Art. 2 Abs. 7 BGBM¹¹²). Insofern spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob ein Geschäft öffentlich oder privat initiiert wird – aus Sicht des Marktes geht es zunächst stets um ein Geschäft, für das sich mehrere Konkurrentinnen interessieren könnten.

Bei nicht öffentlich initiierten Konzessionserteilungen sind jedoch die Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus dem Umstand ergeben, dass es hier um Vorhaben geht, an deren Verwirklichung das zuständige Gemeinwesen kein spezifisches Interesse (d.h. keine über allfällige Fiskalmotive hinausgehende Interessen) hat – ansonsten liegt bei richtiger Betrachtung kein privat, sondern ein öffentlich veranlasstes Geschäft vor (das träfe z.B. dann zu, wenn sich ein Kanton die Verwirklichung eines Geothermiekraftwerks oder eines Windradparks zum eigenen Ziel setzt). Dementsprechend hat das Gemeinwesen kein Interesse daran (und auch kein Mandat), zugunsten der Privatwirtschaft ein Projekt auszuarbeiten und sodann Unternehmen zu suchen, welche dieses realisieren können und wollen. Damit übereinstimmend verhält es sich in den hier interessierenden Bereichen so, dass die Projekte durch die interessierten Unternehmen selbst erarbeitet werden¹¹³ und daher meistens eng mit den Charakteristiken, Fähigkeiten und Präferenzen der betreffenden Unternehmen zusammenhängen.¹¹⁴ Gäbe das Gemeinwesen ein

die Zurverfügungstellung öffentlichen Grundes an einen Privaten einen Baurechtszins zu verlangen, üblich und stellt weder eine wirtschaftliche Beteiligung des Kantons an der projektierten Anlage dar noch führt es dazu, dass diese zu einer öffentlichen Aufgabe würde».

¹¹² Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995; SR 943.02. – Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Sondernutzungskonzessionen BGE 143 II 598, E. 4.1.1; BGE 143 II 120, E. 2; BGer 2C_351/2017, 2C_352/2017, Urteil vom 12. April 2018, E. 3.3; DIEBOLD, S. 249 mit Fn. 90; POLTIER/PIOTET, S. 476 ff.; Wettbewerbskommission (WEKO) in: RPW 2015/3, S. 546 f., S. 547, Nr. 8 f.: Unterstellung aller Sondernutzungskonzessionen unter die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche einen geschlossenen Markt betreffen, d.h. nicht-konzessionierten Interessenten zumindest während einer gewissen Dauer nicht offenstehen.

¹¹³ Vgl. sinngemäss auch CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7 N 48: «l'élaboration du projet suppose de nombreux travaux préparatoires avant que l'on puisse envisager l'octroi d'une concession».

¹¹⁴ Vgl. sinngemäss auch CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7, N 63: «Un canton, par hypothèse, sait qu'il dispose d'un potentiel de production hydro-électrique, sans connaître l'implantation exacte du barrage à réaliser et moins encore la forme (optimale) qu'il devrait prendre. Sauf à réaliser lui-même de telles études, coûteuses et délicates, il n'est donc nullement en mesure de fournir un devis descriptif pour la réalisation d'un tel ouvrage (ce qui implique des prestations de travaux) et moins encore pour

bestimmtes Projekt vor (welches über rein raumplanerische Rahmenbedingungen hinausgeht), stelle dies angesichts der offenen Ausgangslage – zahlreiche sehr verschiedene Projekte sind denkbar – und des Fehlens an spezifischen Interessen des Gemeinwesens bezüglich einer bestimmten Projektart eine unsachgemässe Verengung der Möglichkeiten dar.

ii) *Keine öffentliche Vorgabe eines Projektes*

Meiner Meinung nach kann aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in jenen Gebieten, in denen das Gemeinwesen mangels eigener Interessen bzw. Aufgaben keine Initiative zur Projektrealisierung ergreift, keine Verpflichtung des Gemeinwesens zur Ausarbeitung und Vorgabe eines Projekts abgeleitet werden. Zwar könnte in der Folge ein Wettbewerb rund um das öffentlich vorgegebene Projekt veranstaltet werden. Doch schafft jede Projektdefinition bestimmte Wettbewerbsvorteile und -Nachteile bei den interessierten Unternehmen; überdies führen manche Definitionsentscheide dazu, dass bestimmte Unternehmen für eine Realisierung faktisch ausser Betracht fallen. Vor diesem Hintergrund ist nicht anzunehmen, dass der Wettbewerb unter den interessierten Unternehmen durch die öffentliche Vorgabe eines bestimmten Projekts gefördert würde; vielmehr ist davon auszugehen, dass dadurch dieser Wettbewerb unsachlich beschränkt würde.

Eine öffentliche Vorgabe eines Projekts und die damit verbundenen Beeinflussungen der Wettbewerbssituation rechtfertigen sich nur, wo das Gemeinwesen die Vorgabe zur Verfolgung eigener Interessen bezüglich der Realisierung des Vorhabens aufstellt, also nur im Fall der öffentlichen Veranlassung (vorstehend a), um den es hier nicht geht. In den Fällen ohne Veranlassung des Gemeinwesens existiert kein sachlicher Grund für bestimmte Projektdefinitionsentscheide (welche über raumplanerische sowie bau- und umweltrechtliche Rahmenbedingungen hinausgehen). Jeder solche Entscheid wäre demnach als unbegründete Beeinflussung des Wettbewerbs zu betrachten.

Nach dem Gesagten verhält es sich nicht nur so, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in den hier interessierenden Fällen eine öffentliche Projektvorgabe nicht verlangt, vielmehr verbietet er eine solche nachgerade, damit der Wettbewerb ohne staatliche Beeinflussung auf der Ebene aller auf der gegebenen Ausgangslage möglichen Projekte spielen kann. Der rund um ein bestimmtes Projekt in einem förmlichen (Aus-

les prestations de services, liées à l'exploitation de l'ouvrage pendant toute la durée de la concession; sont en effet nécessaires au préalable de nombreuses prestations de conception, ayant trait à l'analyse de la situation, puis des propositions portant sur l'implantation et les caractéristiques de l'ouvrage. On le voit bien à cet exemple: il n'est pas possible, conformément au modèle classique de l'appel d'offres du droit des marchés publics, d'obtenir des offres portant sur des prestations équivalentes et substituables».

schreibungs-)Verfahren veranstaltete Wettbewerb ist gegenüber dieser offenen Ausgangslage von beschränkter Natur und nur dort angebracht, wo das Gemeinwesen zur Erreichung bestimmter eigener bzw. öffentlicher Zwecke ein bestimmtes Projekt (und kein anderes) verwirklicht sehen will oder gar muss.

Ebensowenig verlangt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in Bezug auf Sondernutzungskonzessionen, an deren Erteilung bzw. Bewirtschaftung das Gemeinwesen kein spezifisches Interesse hat, die Veranstaltung eines während eines bestimmten, vergleichsweise kurzen Zeitraums zur Bewerbung offenstehenden Wettbewerbsverfahrens in Bezug auf alle möglichen Projekte aller möglichen interessierten Unternehmen. Abgesehen davon, dass es in aller Regel höchst anspruchsvoll ist, verschiedene Projekte untereinander fair zu vergleichen, wird der Wettbewerb unter den interessierten Unternehmen zwar vielleicht nicht beschränkt (im Vergleich zu einer Situation, in der jederzeit Projekte eingereicht werden können; dazu sogleich), jedenfalls aber auch nicht gefördert, wenn die Unternehmen nur während eines bestimmten, kurzen Zeitraums überhaupt Projekte zur Beurteilung einreichen können.

iii) Öffentliche Ausschreibung privat veranlasster Geschäfte

Die Berücksichtigung der vorstehend beschriebenen Besonderheiten von konzessionsabhängigen Vorhaben, an denen das Gemeinwesen kein spezifisches Interesse hat, stellt nicht notgedrungen im Widerspruch zum Prinzip der öffentlichen Ausschreibung, sofern man den Begriff der Ausschreibung in diesem Kontext seinem Zweck entsprechend versteht und nicht an durch das öffentliche Beschaffungsrecht (bzw. öffentlich veranlasste Geschäfte) geprägten Bildern festhängt. Im Kern geht es bei der öffentlichen Ausschreibung lediglich darum, dass jedes interessierte Unternehmen sich um die entsprechende Geschäftsmöglichkeit bewerben können muss und diese nicht ohne solche Marktöffnung direkt einem Unternehmen zugeteilt werden darf. Bei öffentlich veranlassten Geschäften (insb. bei Konzessionen, über die öffentliche Aufgaben erfüllt werden, oder die zur Erwirtschaftung von Finanzmitteln öffentlich initiiert werden, sowie bei öffentlichen Beschaffungen) kann dem so verstandenen Prinzip der Ausschreibung angesichts des Umstands, dass hier aufgrund spezifischer öffentlicher Interessen ein öffentlich erarbeitetes Projekt vorgegeben wird, welches zu einem bestimmten Zeitpunkt verwirklicht werden soll (was bedeutet, dass der diesbezügliche Markt nur einmalig und punktuell geöffnet wird), nur Genüge getan werden, wenn alle interessierten Unternehmen während des gleichen, bestimmten Zeitraums im Rahmen eines förmlichen, sie alle einschliessenden Verfahrens untereinander in Konkurrenz treten.

Bei nicht öffentlich veranlassten Geschäften jedoch ist der Markt grundsätzlich per se dauerhaft geöffnet,¹¹⁵ sofern das Vorhandensein der Geschäftsmöglichkeit (bzw. die Möglichkeit zur Bewerbung darum) öffentlich bekannt ist. Einer zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgenden Veranstaltung eines förmlichen Konkurrenzverfahrens bedarf es daher nach dem Prinzip der öffentlichen Ausschreibung und dem dahinterstehenden Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht.

Wenn es im Bereich von nicht öffentlich veranlassten Geschäften nach der in casu einschlägigen Gesetzgebung jederzeit (oder periodisch, bspw. einmal pro Halbjahr) möglich ist, sich mit einem geeigneten, privat initiierten Projekt um die Erteilung einer neuen Konzession zu bewerben,¹¹⁶ ist zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität lediglich eine klare Bekanntmachung dieser Möglichkeit erforderlich, nicht jedoch eine öffentliche Ausschreibung im klassischen Sinne, bei der binnen bestimmter Frist Offerten oder Projekte zu unterbreiten wären und die Konzession danach vergeben würde. Denn der Wettbewerb spielt grundsätzlich gerade auch dann, wenn bei einer allen interessierten Unternehmen bekannten und jederzeit (oder zumindest periodisch) offenstehenden Möglichkeit¹¹⁷ nach dem Prinzip «first come, first served» das erste Unternehmen, das ein umsetzbares Projekt entwickelt und einreicht, dieses Projekt bei Erfüllung der Voraussetzungen durchführen kann, selbst wenn nach der ersten Projekteinreichung anderen Unternehmen (die sich ebenfalls jederzeit hätten bewerben dürfen) eine nachträgliche Gelegenheit zur Projekteinreichung nicht eingeräumt wird. Der Vorteil, der sich für eine bestimmte Unternehmung daraus ergibt, eine mehr oder minder exklusive Geschäftsmöglichkeit als erste ergriffen zu haben, was andere interessierte Unternehmen sodann ausschliesst, ist nicht wettbewerbsfremd, sondern wettbewerbskonform, solange das Ergreifen der Möglichkeit jedem interessierten Unternehmen offensteht (falls ein Unter-

¹¹⁵ Vgl. Fn. 117.

¹¹⁶ So verhält es sich beispielsweise in Bezug auf die konzessionsbedürftige Nutzung der Wasserkraft an bislang ungenutzten Abschnitten von öffentlichen Gewässern (Neuerteilung von Wasserrechtskonzessionen). Gemäss Art. 31 Abs. 1 WRG haben die Kantone ein öffentlich zugängliches Verzeichnis zu führen nicht nur über bestehende Anlagen, sondern ebenso über «für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte in Betracht fallende Rechte und Anlagen». Dadurch wird Transparenz in Bezug auf die noch möglichen neuen Wasserkraftnutzungsanlagen geschaffen, und jedes interessierte Unternehmen kann grundsätzlich jederzeit ein Gesuch um Erteilung einer Konzession bei der zuständigen Behörde einreichen. Bezüglich der schon bestehenden Konzessionen gibt das Verzeichnis im Übrigen Auskunft dazu, wann diese auslaufen bzw. bis zu welchem Zeitpunkt der bisherige Konzessionär ein Gesuch um Erneuerung einreichen kann (dem andere interessierte Unternehmen ein Konkurrenzgesuch gegenüberstellen können). Vgl. hierzu KER WRG-BEYELER, Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} N 31 f., N 33 ff.

¹¹⁷ Vgl. Vernehmlassungsentwurf des Vortrags des Berner Regierungsrats an den Grossen Rat zur Änderung des Wassernutzungsgesetzes (WNG) vom 5. Dezember 2012 (RRB 1726/2012; Geschäfts-Nr. 2012.RRGR.1136), S. 1: Neue Wassernutzungskonzessionen sind «faktisch ständig ausgeschrieben [...] – jeder Interessent kann jederzeit ein entsprechendes Gesuch einreichen».

nehmen dafür zu einem bestimmten Zeitpunkt noch nicht reif ist, währenddem andere es schon sind, ist dies grundsätzlich als gewöhnlicher und legitimer Wettbewerbsvorteil und nicht als Problem zu verstehen). Staatliche Wettbewerbsneutralität bedeutet in keinem Fall, dass der Staat Grundlagen dafür zu schaffen hätte, dass sich alle interessierten Unternehmen mit exakt gleichen Chancen um durch den Staat bereitgestellte Geschäftsmöglichkeiten bewerben können.

Es verhält sich bei den hier interessierenden, nicht öffentlich veranlassten Geschäften nicht gleich wie bei solchen Konzessionen, bei denen die öffentliche Stelle aus eigenem bzw. öffentlichem Interesse die Initiative ergreift und das Geschäft in einem bestimmten Zeitrahmen umgesetzt sehen will, so dass sie den Markt nur zu einem bestimmten Zeitpunkt öffnet, und nicht auf unbestimmte Dauer, bis ein Projekt eingereicht und gutgeheissen wird. Hier (und bei Beschaffungen) wird der Markt in Bezug auf ein bestimmtes Geschäft nur in einem bestimmten, kurzen Zeitraum geöffnet, und in der Regel ist nicht allgemein bekannt (und soll auch nicht bekannt sein), wann die Marktöffnung genau erfolgen wird. In einer solchen Situation kann nur mittels Ausschreibung im eigentlichen Sinne, also durch Vorgabe eines Projektes und durch öffentliche Einladung zur Offertstellung, in wettbewerbsneutraler Art ein Unternehmen ausgewählt werden, dem die Geschäftsmöglichkeit zukommt. Hat aber die konzederierende Stelle kein besonderes Interesse an der Umsetzung der Geschäftsmöglichkeit und wartet sie schlicht darauf, dass sich allenfalls ein Unternehmen darum bewirbt, wird der Wettbewerb nicht verfälscht, wenn den Unternehmen, die sich zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht bewerben, keine Chance eingeräumt wird, sich doch noch zu bewerben.

Bei naturgemäss (d.h. aufgrund Fehlens eines öffentlichen Umsetzungsinteresses) privat initiierten Projekten muss nach dem Gesagten keine Konkurrenzsituation durch Ausschreibung (im engeren Sinne) geschaffen werden, vielmehr ist hier die allgemeine Bekanntgabe der Geschäftsmöglichkeit ausreichend und findet die Konkurrenz bezüglich der ersten Einreichung eines erfolgreichen Gesuches statt. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangt nicht, dass der Eingang eines Erstgesuches bekanntgemacht wird; die Publikation der grundsätzlichen Möglichkeit der Gesuchseinreichung ist genügend. Eine Publikation des Gesuches (mit Einladung zur Einreichung von allfälligen Konkurrenzgesuchen; dazu auch sogleich) kommt in einem gewissen Sinne einer Förderung der Konkurrenzunternehmen bzw. einer Ungleichbehandlung des Erstgesuchstellers gleich, die sich nicht aufgrund der Interessen der Konkurrenzunternehmen rechtfertigen kann, sondern höchstens dann, wenn das Gemeinwesen trotz Fehlens eines Interesses an der Verwirklichung der möglichen Vorhaben ein legitimes Interesse an einer Auswahl aus einer Mehrzahl von Gesuchen bzw. Projekten hat.

Immerhin fordert der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, dass der Zeitpunkt der Öffnung des Marktes nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, und dass Gesuche, die gleichzeitig eingereicht werden (insb. wenn die Konzessionsbehörde Gesuche nur zu bestimmten,

wiederkehrenden Zeitpunkten entgegennimmt), gleich behandelt (d.h. in Konkurrenz zueinander beurteilt) werden. Aus Gründen der Prozessökonomie und damit nicht Zufälligkeiten den Wettbewerb übermässig beeinflussen, ist zudem zu empfehlen, auf eine absolute Sperrwirkung eines Erstgesuchs zu verzichten und entweder Regeln dazu zu treffen, dass Gesuchseinreichungen lediglich periodisch (bspw. halbjährlich) auf einen bestimmten Termin möglich sind, oder (bei freier Wahl des Zeitpunkts der Einreichung) zu bestimmen, dass Gesuche, die nicht wesentlich später als ein Erstgesuch eingereicht werden, zusammen mit diesem behandelt werden. In der Folge sind die Gesuche nach objektiven Kriterien untereinander zu vergleichen. Diese Kriterien sind zumindest in den Grundzügen bereits in jener Bekanntmachung aufzuführen, in der auf die jederzeitige (oder periodische) allgemeine Möglichkeit der Gesuchseinreichung hingewiesen wird, und es soll von ihnen nicht abgewichen werden, damit die Gleichbehandlung allfälliger Konkurrenzgesuche jedenfalls im Mindestmass abgesichert ist.

Soweit diese Voraussetzungen bezüglich nicht öffentlich veranlasseter Geschäfte erfüllt sind, ist nach meinem Dafürhalten¹¹⁸ nicht nur der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als eingehalten zu betrachten, sondern (sofern anwendbar¹¹⁹) ebenso die gesetzliche Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM^{120, 121}. Nach dem vorstehend Dargestell-

¹¹⁸ A.M. jedoch CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7 N 62; POLTIER/PIOTET, S. 479 (mit Fn. 112); DIEBOLD, S. 249 f. (Pflicht zur klassischen Ausschreibung unter dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 BGBM). – Vgl. ferner WIEDERKEHR/ABEGG, S. 650 f., die eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Geothermieprojekte mit dem Argument ablehnen, es gebe hier «üblicherweise» keine «Wettbewerbs-situation zwischen verschiedenen Bewerbern», so dass sich eine Ausschreibung mangels eines zu schützenden Wettbewerbs erübrige. – Meiner Meinung nach kann die Hypothese, dass mehrere Unternehmen im gleichen Gebiet sich je aus technischen Gründen jeweils gegenseitig ausschliessende Geothermieprojekte verwirklichen wollen und insoweit in Konkurrenz zueinander stehen, nicht derart pauschal verworfen werden. Vielmehr ist vermutungsgemäss zunächst davon auszugehen, dass mehrere interessierte Unternehmen bestehen könnten; wenn das nicht zutrifft, handelt es sich um ein mögliches Ergebnis im Einzelfall, jedoch nicht um einen Grund dafür, den betreffenden Markt gar nicht erst durch Ausschreibung (im klassischen Sinne oder im Sinne einer Bekanntmachung der jederzeit zur Bewerbung offenstehenden Geschäftsmöglichkeit) zu öffnen.

¹¹⁹ Art. 2 Abs. 7 BGBM gilt nicht über die Übertragung von sich aus dem Bundesrecht ergebenden (rechtlichen oder faktischen) Monopolen, sondern nur für jene von «kantonale[n] und kommunale[n] Monopole[n]».

¹²⁰ Vgl. zu dieser Bestimmung insbesondere CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7 N 1 ff., N 62 ff.

¹²¹ Vgl. demgegenüber BGE 145 II 32, E. 4; BGer, Urteil vom 16. Oktober 2012, 2C_198/2012, E. 6.2: Nach dem BGer stellt die Erteilung einer Bewilligung oder einer Sondernutzungskonzession betreffend Geothermie oder betreffend ein Parkhaus dann keinen Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 7 BGBM dar, wenn die Initiative zum konkret beantragten Unterfangen allein von einer Privatunternehmung ausgeht (vgl. auch KGer JU, Urteil vom 13. Dezember 2016, ADM 92/2015, E. 4.6 [best. in BGE 145 II 32]). – Meines Erachtens verlangt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch bei privat initiierten Vorhaben nach einer grundsätzlichen Offenheit des Wettbewerbs um die betreffende Geschäftsmöglichkeit. Daher ist im Interesse der Wettbewerbsneutralität eine Anwendung des Art. 2

ten spricht nichts dagegen, den Begriff der «Ausschreibung» nach der zitierten Bestimmung bei nicht öffentlich veranlassten Geschäften so zu verstehen, dass eine Ausschreibung erfolgt ist, sobald eine Geschäftsmöglichkeit (an deren Wahrnehmung das Gemeinwesen keine spezifischen Interessen hat), um die sich jedes interessierte Unternehmen nach dem Prinzip «first come, first served» jederzeit bewerben kann, im Sinne des Gesagten öffentlich bekanntgemacht wird.

Wo die anwendbare Gesetzgebung, wie insbesondere im Kanton Uri bezüglich der Erteilung neuer Wassernutzungskonzessionen,¹²² vorsieht, dass die Einreichung eines ersten Konzessionsgesuchs veröffentlicht wird, dass sich hieraufhin andere Interessenten binnen bestimmter Frist mit eigenen geeigneten Projekten bewerben können und dass unter allen geeigneten Projekten schliesslich nach objektiven Kriterien ausgewählt wird,¹²³

Abs. 7 BGBM auf Fälle der Privatinitiative wie im hier vorgeschlagenen Sinne (Verständnis der Ausschreibung als Bekanntmachung einer grundsätzlich jederzeit offenstehenden Geschäftsmöglichkeit) einer schlichten Nichtregulierung, wie sie sich aus der zitierten Rechtsprechung zu ergeben scheint, zu bevorzugen. Soweit es im Übrigen nicht um eine Sondernutzungskonzession, sondern, wie in BGE 145 II 32, um eine blosser Bewilligung von im betreffenden Grund durchgeführten Vorabklärungen für ein allfälliges Geothermieprojekt geht, kommt der Art. 2 Abs. 7 BGBM grundsätzlich deswegen nicht zur Anwendung, weil es nicht um die Übertragung eines Monopols geht. Das gilt jedoch nur dann, wenn eine entsprechende Bewilligung betreffend denselben Grund auch anderen Unternehmen, die die Voraussetzungen erfüllen, offensteht, und wenn überdies nicht schon die erste Erteilung einer Bewilligung de facto auf die Erteilung der späteren Sondernutzungskonzession hinauslaufen kann.

¹²² Vgl. insb. Art. 2c GNV/UR (Gewässernutzungsverordnung des Kantons Uri vom 11. November 1992; RB 40.4105): «Der Eingang eines Gesuchs für die Erteilung und Erneuerung einer Konzession [...] wird veröffentlicht [Abs. 1]. Die Veröffentlichung enthält insbesondere: a) die betroffene Gewässerstrecke; b) den Hinweis, dass weitere Konzessionsgesuche für die gleiche Gewässerstrecke innert einer Frist von 180 Tagen bei der zuständigen Direktion eingereicht werden können; c) die einzureichenden Angaben und Unterlagen; d) den Hinweis, dass auf konkurrierende Konzessionsgesuche, die nicht innert der Frist von 180 Tagen mit den bezeichneten Angaben und Unterlagen eingereicht werden, nicht eingetreten wird [Abs. 2]. Wer ein verspätetes Gesuch einreicht, verwirkt jeden Anspruch auf weitere Amtshandlungen. [...] [Abs. 3]». – Der Regierungsrat des Kantons Bern hat am 5. Dezember 2012 eine ähnliche Bestimmung (Art. 20a E-WNG/BE) ins Vernehmlassungsverfahren verabschiedet (RRB 1726/2012; zit. in Fn. 117; VGer BE, Urteil vom 22. April 2013, 100.2012.155U, E. 2.3), doch enthält das WNG/BE (Wassernutzungsgesetz des Kantons Bern vom 23. November 1997; BSG 752.41) bis heute (Mai 2019) keine solche Bestimmung, obschon inzwischen andere Änderungen des WNG in Kraft getreten sind (vgl. Art. 35a und Art. 36 WNG; RRB 173/2017 vom 22. Februar 2017).

¹²³ Vgl. Art. 2c GNV/UR (zit. in Fn. 122) i.V.m. Art. 41 WRG. – Vgl. zu diesem Vorgehen auch CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7 N 62: «dans un premier temps, l'autorité devrait procéder à une publication du projet de concession, même lorsqu'elle a été saisie d'une demande formée par une entreprise intéressée», N 63: «La formule du mandat d'études parallèles devrait sans doute être envisagée; elle consisterait à charger les candidats potentiels d'élaborer des projets de solutions et celui qui fournirait le projet le plus judicieux serait ensuite retenu comme bénéficiaire de la concession»; POLTIER/PIOTET, S. 479 f.

widerspricht dies dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht per se,¹²⁴ obschon darin eine Begünstigung der Konkurrenzunternehmen vorliegt. Denn soweit es hier darum geht, vor der Vergabe einer naturgemäss langfristigen Konzession zu prüfen, ob es dem öffentlichen Interesse besser dienende (vgl. Art. 39 und Art. 41 WRG) Projekte geben könnte, rechtfertigt sich dieser Eingriff in den Wettbewerb, sofern in der Folge zwischen dem Erst- und den Folgegesuchstellern Gleichbehandlung gewährleistet wird. Allerdings ist eine mit der Einladung zur Folgegesuchstellung verbundene Publikation eines Erstgesuchs nur dann sinnvoll, wenn andere Unternehmen grundsätzlich bereit wären, sich um eine Konzession zu bewerben, und wenn diesen Unternehmen eine hinreichend lange Frist zur Erarbeitung eigener Projekte sowie eine faire Chance bei der Auswahl eingeräumt wird. Ansonsten ist mit echtem Wettbewerb kaum zu rechnen.

C. Ein Wort zur aufschiebenden Wirkung

Das BVGer hat im rapportierten Zwischenentscheid, der auch von der soeben besprochenen Frage des Eintretens handelte, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung teilweise entzogen und der SBB AG die temporäre Verpachtung der streitbetreffenen Werbeflächen (an die bisherige Pächterin und Inhaberin der neuen Zuschläge) für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erlaubt.¹²⁵

Diese Erlaubnis erteilt das Gericht nicht deswegen, weil es ein öffentliches Interesse (im eigentlichen Sinne) an der ununterbrochenen Darstellung von Werbung in den streitbetreffenen Bahnhöfen beziehungsweise am Verzicht auf jegliche Werbepausen auf den Werbeflächen dieser Bahnhöfe ausgemacht hätte.¹²⁶ Ganz im Gegenteil weist es sogar darauf hin, dass eine Werbepause die Aufgabenerfüllung im Bereich des öffentlichen Verkehrs nicht zu beeinträchtigen vermöchte.¹²⁷

Das BVGer führt als materielle Begründung für den partiellen Entzug des Suspensiv-effekts an, die SBB AG habe glaubhaft gemacht, dass die aufschiebende Wirkung, also

¹²⁴ Vgl. sinngemäss BGE 142 I 99, E. 2.2.3 und E. 3.1: «Nach dem vorne (E. 2.2.3) Gesagten ist es nicht rechtswidrig, wenn der Kanton Uri für die Erteilung von Konzessionen für neu zu nutzende Gewässerstrecken kein Ausschreibungsverfahren vorsieht, sondern das erste eingegangene Gesuch auflegt unter Ansetzung einer Frist, in welcher Konkurrenzgesuche eingereicht werden können [vgl. Art. 2c GNV/UR; zit. in Fn. 122]; eine solche Regelung entspricht vielmehr derjenigen, welche dem Gesetzgeber beim Erlass von Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG [‘Die Konzession kann ohne Ausschreibung verliehen werden. Die Verleihung hat in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen’] vorschwebte»; POLTIER/PIOTET, S. 479.

¹²⁵ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.4–5.5.

¹²⁶ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.3.

¹²⁷ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.3.

ein Unterbruch der Werbung aufgrund des Beschwerdeverfahrens, zu Verlusten (der SBB AG sowie der designierten neuen Pächterin) in Millionenhöhe führen würde.¹²⁸

Hat die öffentliche Verpächterin das streitbetroffene Geschäft mit einem fixen Enddatum ausgestattet, verliert der Beschwerdeführer durch den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung und die Erlaubnis zum Abschluss eines Interimsvertrags zwischen der SBB AG und seiner Konkurrentin einen Teil des Streitgegenstands, weil er hier höchstens noch ein um die Dauer des Beschwerdeverfahrens verkürztes Geschäft erhalten kann (es sei denn, er wäre im Interimsvertrag der Pächter). Verhält es sich aber so, dass die Verpächterin das Geschäft in zeitlicher Hinsicht nur durch die Angabe einer Dauer (allenfalls mit Anfangs-, aber ohne Enddatum) bestimmt hat, verliert der Streitgegenstand trotz eines teilweisen Entzugs der aufschiebenden Wirkung an sich nicht an Umfang (abgesehen gegebenenfalls vom Verlust der Möglichkeit, die entsprechenden Umsätze und weiteren Geschäftsvorteile in der fraglichen, früheren Zeit zu realisieren), weil der Beschwerdeführer nach dem Beschwerdeverfahren immer noch die volle Geschäftsdauer erhalten kann, selbst wenn eine andere Pächterin in der Zwischenzeit die Nutzung innehatte.

Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Gleichbehandlung von designiertem Pächter und Beschwerdeführer während des Beschwerdeverfahrens ist nach meinem Dafürhalten eine Gerichtspraxis wünschenswert, nach der die aufschiebende Wirkung grundsätzlich nur dann zugunsten der Erlaubnis zum Abschluss eines Interimsvertrags teilweise entzogen würde, wenn die Verpächterin das Geschäft ohne fixes Enddatum beziehungsweise nur der Dauer nach ausgeschrieben hätte. Das dürfte in den meisten Fällen möglich sein und sollte daher durch die Setzung entsprechender Anreize gefördert werden. Wenn ein Enddatum ohne wichtigen Grund gesetzt wird, besteht nämlich umgekehrt ein ungerechtfertigter Anreiz zugunsten der Verpächterin (welche den Interimsvertrag nicht mit dem Beschwerdeführer abschliesst), das Beschwerdeverfahren künstlich in die Länge zu ziehen.

Literaturverzeichnis

BEYELER Martin, Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht?, *Kriterium* Nr. 45/Januar 2019, S. 1 ff. (zit. BEYELER, Finanzvermögen).

BEYELER Martin, Kommentar zu Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), *Kommentar zum Energierecht*, Band I, Bern 2016 (zit. KER WRG-BEYELER, Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis}).

¹²⁸ BVGer B-6872/2017, Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, E. 5.3.

- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch).
- BIAGGINI Giovanni, Kommentar zu Art. 27 BV, in: Orell Füssli-Kommentar, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (zit. OFK BV-BIAGGINI, Art. XX).
- DIEBOLD Nicolas, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, *ZSR* 2014 I, S. 219 ff.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- POLTIER Etienne, Commentaire de l'art. 2 al. 7 LMI (=BGBM), in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Droit de la concurrence*, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel/Genf 2013 (zit. CR LMI-POLTIER, Art. 2 Abs. 7).
- POLTIER Etienne / PIOTET Denis, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *ZSR* 2015 I, S. 449 ff.
- UHLMANN Felix, Kommentar zu Art. 27 und zu Art. 94 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung (BV)*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-UHLMANN, Art. XX).
- VALLENDER Klaus A., Kommentar zu Art. 27 und Art. 94 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-VALLENDER, Art. XX).
- WALDMANN Bernhard, Die Konzession – Eine Einführung, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, S. 1 ff.
- WEN KOEBEL Michal, *Die Tiefenlagerung radioaktiver Abfälle im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Sondernutzungskonzession*, Diss. Luzern, Luzern 2015.
- WIEDERKEHR René / ABEGG Andreas, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, *ZBl* 2014, S. 639 ff.

La mise au concours des prestations de transport commandées

Sommaire

	Page
Introduction	506
I. Historique	507
II Le champ d'application	508
A. La mise au concours obligatoire	508
1. Le transport régional de voyageurs	509
2. Le transport par la route	509
3. Les prestations commandées en commun	510
B. Les exceptions	511
1. Les cas bagatelles	511
2. Le respect d'une convention d'objectifs	512
3. L'intégration à un réseau préexistant	513
4. Les lignes transfrontalières	513
C. La mise au concours facultative ; le transport par le rail	514
III La procédure de mise au concours	515
A. Le moment de la mise au concours	516
1. Lors de l'octroi ou du renouvellement de la concession	516
2. Pendant la durée de la concession	516
3. La planification préalable à la mise au concours	517
B. Les principes de procédure	518
C. Les critères de qualification	519
D. L'exclusion d'une entreprise soumissionnaire	519
E. L'adjudication	521
1. Les critères d'adjudication	521
2. La décision d'adjudication	522
3. La convention d'adjudication	523

* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, chargé d'enseignement à la HES-SO et à la HEG-ARC, responsable des affaires juridiques de la Ville d'Yverdon-les-Bains. L'auteur souhaite remercier vivement M^{me} Sarah Vittoz, assistante diplômée à l'Université de Lausanne et M. Steve Favez, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, greffier au Tribunal cantonal du canton de Vaud, pour leur relecture attentive et leurs remarques constructives. Les sources sont arrêtées au 31 mai 2019.

F. Le changement de l'entreprise soumissionnaire	524
Conclusion	525
Bibliographie	527

Introduction

Le Professeur Etienne Poltier s'est de tout temps intéressé à la thématique des transports et à la manière dont elle est appréhendée par le droit. Ainsi, c'est à peine l'impression de sa thèse terminée que fut publié son premier ouvrage intitulé « Énergie – Transports – Logement »¹, dans lequel il traita entre autres de la régie du transport des personnes² et du monopole des transports par chemins de fer³. Aujourd'hui encore, cette question continue de susciter sa curiosité et c'est naturellement à lui que l'on a confié la rédaction du rapport suisse destiné à l'association internationale pour le développement rural et urbain, consacré en 2019 à la mobilité urbaine⁴.

Partageant d'une certaine manière avec lui cet intérêt pour le domaine des transports, mais n'ayant jusqu'alors pas eu l'opportunité d'en aborder ses aspects juridiques – préférant étudier le sort du paysage qui défile sous les yeux du passager d'un train, d'un bus, d'un bateau ou d'un autre transport à câble⁵ – cette contribution est donc l'occasion toute trouvée d'y remédier.

Ainsi, lorsqu'il mettra à profit sa retraite pour parcourir en long et en large le Valais si cher à son cœur, le Professeur Poltier empruntera sans doute une ligne d'autobus exploitée par CarPostal ou par une autre entreprise de transport concessionnée. Son esprit aiguisé se posera alors inexorablement de nombreuses questions : l'exploitation de cette ligne a-t-elle fait l'objet d'une procédure de mise au concours ? Dans quels cas doit-elle avoir lieu ? Est-elle identique s'agissant du transport par le rail ? Comment se déroule-t-elle ? Sur quels points convergent-elles, respectivement divergent-elles, des solutions adoptées en matière de marchés publics ? C'est à ses questions que cette contribution tente d'apporter quelques (éléments de) réponses.

¹ POLTIER Etienne, *Énergie – Transports – Logements*, Lausanne 1983.

² POLTIER Etienne, *Énergie – Transports – Logements*, p. 73 ss.

³ POLTIER Etienne, *Énergie – Transports – Logements*, p. 93 ss.

⁴ POLTIER Etienne, *La mobilité urbaine : rapport pour la Suisse*, Bruxelles (à paraître).

⁵ BOULAZ David, *La protection du paysage – étude de droit fédéral et vaudois*, Berne 2017.

I. Historique

La procédure de mise au concours des prestations de transport commandées a été introduite dans la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs⁶, dans le cadre de la réforme sur les chemins de fer⁷, en même temps que les dispositions relatives aux prestations de transport qui ne font pas l'objet d'une mise au concours⁸. Les commanditaires ont donc deux voies à leur disposition lorsqu'ils commandent des prestations de transport : avec ou sans mise au concours préalable. Nous nous intéresserons ici principalement à la première d'entre elles⁹.

L'introduction d'une procédure de mise au concours n'était cependant pas inconnue du droit suisse des transports : la modification du 20 mars 1998¹⁰ de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer¹¹ introduisait déjà un mécanisme de mise au concours dans le domaine des transports publics¹². Cette première tentative ne permit pourtant pas d'obtenir les résultats escomptés puisqu'une seule mise au concours eut lieu et qu'elle dût être abandonnée face aux difficultés soulevées¹³. Les associations spécialisées dans le domaine des transports publics relevèrent du reste relativement rapidement les faiblesses de cette révision¹⁴.

Surtout, les prestations de transport par bus n'étaient pas appréhendées par la modification du 20 mars 1998 de la LCdF – ni par une autre loi fédérale – alors que c'est dans ce domaine que les procédures de mise au concours étaient les plus fréquentes¹⁵. Pour pallier cette lacune, l'Office fédéral des transports (OFT) avait rédigé dès 2003 un guide consacré à la mise au concours des prestations de transport par bus, qu'il a étoffé au fil du temps¹⁶.

⁶ LTV ; RS 745.1.

⁷ FF 2011 857 ss.

⁸ Art. 33 et 33a LTV.

⁹ ZELLWEGER, p. 222. La doctrine parle de *direktvergabe* (que l'on peut traduire littéralement par les termes d'*attribution directe*) s'agissant de la seconde hypothèse (KERN, p. 1814 s. ; KERN/KÖNIG, N. 9.42).

¹⁰ RO 1998 2835 ss.

¹¹ LCdF ; RS 742.101.

¹² A propos de cette réforme : KERN, p. 1811 s.

¹³ Cette mise au concours concernait la ligne Zürich-Konstanz (projet « City-Vogel ») dont l'offre a finalement été englobée dans le trafic grandes lignes des CFF et ainsi soustraite au mécanisme de mise au concours de la LCdF ; FF 2011 857 ss, p. 877.

¹⁴ Entre autres la LITRA dans un rapport daté du 7 juillet 2000 et intitulé « Réforme des chemins de fer en Suisse – Une année d'expérience ».

¹⁵ FF 2011 857 ss, p. 877.

¹⁶ FF 2011 857 ss, p. 876. Du point de vue juridique, ce guide était assimilé à une ordonnance administrative, restreignant entre autres sa justiciabilité (dans ce sens : KERN, p. 1812). Sur les effets des ordonnances administratives : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 427.

Si le principe même de la mise au concours des prestations de transport par bus avait fait ses preuves et n'était pas remis en cause¹⁷, l'absence de règles procédurales dans la loi était toutefois pointée du doigt par la Commission des transports du Conseil national, qui a chargé le Conseil fédéral de combler cette lacune¹⁸. La révision législative, qui codifie la pratique infralégale qui avait cours jusqu'alors¹⁹, avait ainsi pour but de garantir que les mises au concours des prestations de transport par bus se déroulent de manière uniforme et que les critères appliqués soient identiques sur l'ensemble du territoire, assurant par là même l'égalité de traitement entre les différentes entreprises de transport²⁰.

II Le champ d'application

Le champ d'application de la procédure de mise au concours des prestations de transport commandées est défini par l'art. 32 LTV. Au terme de l'alinéa premier de cette disposition, les prestations relevant du transport régional de voyageurs par route commandées en commun sont soumises à la procédure de mise au concours. La loi liste ensuite une série de cas qui ne donnent pas lieu à une mise au concours²¹. Elle laisse enfin ouverte la possibilité de mettre au concours certaines prestations de transport commandées, sans toutefois la rendre obligatoire²². La mise au concours des prestations de transport commandées n'est donc pas systématique²³.

A. La mise au concours obligatoire

Lorsqu'elles sont commandées en commun, les prestations relevant du transport régional de voyageurs par route doivent être mises au concours. En d'autres termes, la mise au

¹⁷ FF 2011 857 ss, p. 877 s. Les avantages et inconvénients de la mise au concours des prestations de transport font toutefois l'objet de débats. KERN (p. 1807) rappelle ainsi que si la procédure de mise au concours permet d'améliorer l'efficacité et la qualité des prestations offertes, elle risque, d'une part, d'engendrer des procédures longues et coûteuses en cas de recours et, d'autre part, de provoquer un comportement déloyal des soumissionnaires, qui seraient tentés d'offrir des prix bas pour ensuite essayer d'obtenir une rémunération plus élevée dans le cadre de renégociations.

¹⁸ FF 2011 857 ss, p. 875. La Commission avait refusé un premier projet, qu'elle jugeait insuffisant. À ce propos, voir : KERN, p. 1807.

¹⁹ FF 2011 857 ss, p. 879 ; KERN, p. 1807.

²⁰ FF 2011 857 ss, p. 878. Sur l'influence du droit européen à propos de cette révision législative, voir : KERN, p. 1811.

²¹ Art. 32 al. 2 LTV.

²² Art. 32 al. 3 à 5 LTV.

²³ KERN, p. 1815 ; HERRMANN/KÖNIG, N. 74 ; KERN/KÖNIG, N. 9.42 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 27.

concours dépend de trois conditions, soit que les prestations relèvent du transport régional, qu'elles soient effectuées par bus et qu'elles soient commandées en commun.

1. Le transport régional de voyageurs

La loi opère une distinction entre le trafic longues distances, le trafic régional et le trafic local²⁴. Seules les prestations relevant du transport régional – ou trafic régional²⁵ – sont concernées par la procédure de mise au concours, soit les prestations de « [...] *transport de voyageurs à l'intérieur d'une région, y compris la desserte de base de localités, ainsi que le transport de voyageurs entre une région et des régions voisines, même étrangères [...]* »²⁶. Le trafic local – dont les lignes servent à la desserte capillaire des localités²⁷ – et les lignes sans fonction de desserte ne sont *a contrario* pas soumis à la procédure de mise au concours du droit fédéral puisqu'ils sont expressément exclus des prestations fédérales²⁸. La mise au concours des prestations de trafic local peut toutefois être assujettie à des règles de droit cantonal lorsqu'il en existe. Si tel n'est pas le cas, la mise au concours de ces prestations n'est soumise à aucune contrainte de forme²⁹.

2. Le transport par la route

La deuxième condition a trait au mode de transport : seules les prestations de transport exploitées par bus doivent être mises au concours³⁰. Ce choix délibéré du législateur s'explique non seulement en raison des expériences peu concluantes dans le domaine du transport ferroviaire³¹ mais également par une volonté de ne pas mettre en péril les spécificités liées à ce mode de transport, comme le trafic direct ou l'horaire cadencé³². Le législateur n'a cependant pas voulu empêcher formellement la mise au concours prestations du transport ferroviaire régional de voyageurs commandées en commun³³. Cette dernière est cependant soumise à conditions³⁴. En revanche, le législateur a définitivement écarté la

²⁴ Art. 16 LTV.

²⁵ Dans ce sens, voir l'arrêt non publié du TAF A-956/2016 du 23 octobre 2017, consid. 4.3.3.

²⁶ Art. 4 lit. a de l'ordonnance du 11 novembre 2009 sur l'indemnisation du trafic régional de voyageurs (OITRV ; RS 745.16).

²⁷ Art. 3 OITRV. Cette disposition précise qu'« [u]ne ligne sert à cette desserte [de trafic local] lorsque les arrêts se trouvent, en règle générale, à moins de 1,5 km du point de liaison le plus proche avec le réseau supérieur des transports publics et que la distance entre les arrêts est courte ».

²⁸ Art. 28 al. 2 LTV. Le financement du trafic local est exclusivement du ressort des cantons et des communes (KERN, p. 1813).

²⁹ FF 2011 857 ss, p. 878.

³⁰ ZELLWEGER, p. 222.

³¹ Voir *supra* ch. I.

³² FF 2011 857 ss, p. 916.

³³ Art. 32 al. 3 LTV.

³⁴ Voir *infra* ch. II/C.

possibilité de soumettre les installations de transport à câbles et la navigation à la procédure de mise au concours en raison des spécificités liées à ces moyens de transport³⁵.

3. Les prestations commandées en commun

Enfin, la procédure de mise au concours ne se rapporte en principe qu'aux prestations commandées en commun, soit celles indemnisées par la Confédération et les cantons³⁶. La loi permet néanmoins aux commanditaires de mettre au concours ensemble des prestations de transport même si elles ne sont commandées que par les cantons sans participation fédérale³⁷, soit le trafic local exclu des prestations fédérales³⁸. L'objectif défendu par cette règle est d'éviter la multiplication des procédures et d'améliorer les synergies lorsque des offres de transport aux financements distincts sont en réalité liées l'une à l'autre³⁹. Cette règle appréhende l'hypothèse suivant laquelle des prestations de transport commandées tantôt par la Confédération et un canton (trafic régional), tantôt par un canton uniquement (trafic local), sont regroupées en un lot unique⁴⁰. Dans ce cas, les prestations de transport sans participation fédérale sont intégralement soumises à la procédure de mise au concours prévue par le droit fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a eu l'occasion de le préciser dans le cadre de la mise au concours conjointe de prestations de trafic régional et local dans la région de Münsingen/Belp (BE). En substance, CarPostal Suisse SA contestait notamment la compétence de l'OFT d'attribuer des prestations de transport local. Selon la recourante, les différentes phases de la procédure devaient être fractionnées ; ainsi, seule la mise au concours pouvait se faire de manière conjointe. En revanche, l'adjudication de marché devait se faire de manière distincte : les prestations du trafic régional devaient être adjudgées par l'OFT alors que celles du trafic local devaient l'être par l'autorité cantonale compétente⁴¹. Se référant notamment l'argumentaire du Message⁴², le TAF a rappelé que l'approche défendue par la recourante allait à l'encontre de la simplification et de la coordination voulues par le législateur⁴³. Les juges ont souligné de surcroît le risque d'aboutir à des décisions contradictoires, qui pouvaient nuire à l'offre de transport, si les prestations de transport régional et local étaient soumises à des voies de droit distinctes⁴⁴. Partant, le

³⁵ FF 2011 857 ss, p. 877.

³⁶ Art. 28 al. 1 LTV.

³⁷ Art. 32 al. 5 LTV.

³⁸ Arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 5.4.3.

³⁹ FF 2011 857 ss, p. 917 ; arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 5.4.4.

⁴⁰ *Ibid.*, consid. 5.4.6.

⁴¹ *Ibid.*, consid. 5.1

⁴² *Ibid.*, consid. 5.4.4.

⁴³ *Ibid.*, consid. 5.4.5.2.

⁴⁴ *Ibid.*, consid. 5.4.5.3.

Tribunal a confirmé que l'OFT était compétent pour adjuger les prestations de transport du trafic local lorsqu'elles étaient conjointement mises au concours avec les prestations de transport du trafic régional⁴⁵.

B. Les exceptions

La loi liste ensuite de nombreuses exceptions⁴⁶, qui confèrent une importante marge d'appréciation aux commanditaires⁴⁷. Précisons ici que la renonciation à une mise au concours en raison d'une exception découlant de l'art. 32 al. 2 LTV implique une décision de l'OFT⁴⁸, qui devra en principe être publiée⁴⁹.

Cela précisé, nous examinerons tout d'abord une première catégorie d'exceptions, qui concerne les modifications mineures des prestations de transport pour lesquelles une procédure de mise au concours n'est pas pertinente⁵⁰ ; on peut parler à cet égard de cas bagatelles⁵¹. D'autres exceptions ont été ajoutées lors des débats parlementaires⁵², dont deux d'entre elles mériteront que l'on s'y attarde ensuite quelque peu. Nous évoquerons enfin le cas particulier des prestations de transport transfrontalières.

1. Les cas bagatelles

Le législateur a tout d'abord considéré qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une mise au concours lorsque la prestation de transport consiste dans la modification d'une concession préexistante⁵³ ou lorsqu'une concession est transférée sans changement à une autre entreprise⁵⁴. Il a également jugé qu'il était contre-productif de procéder à une mise au concours lorsque, pour des raisons d'ordre technique, d'exploitation ou de spécificité régionale, il n'y a pas à attendre plus d'une soumission pour une prestation de transport⁵⁵.

⁴⁵ *Ibid.*, consid. 5.4.8.

⁴⁶ Art. 32 al. 2 LTV.

⁴⁷ ZELLWEGER, p. 222.

⁴⁸ Art. 32i al. 1 lit. e LTV. La décision de l'OFT peut être contestée devant le TAF, qui statue en dernière instance vu l'art. 83 al. 1 lit. ^{bis} LTF. Voir : AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, art. 83, N. 92a. Son pouvoir d'examen est par ailleurs limité par l'art. 56 al. 3 LTV.

⁴⁹ Art. 32j al. 1 LTV, sous réserve des exceptions de l'art. 27l al. 2 OITRV.

⁵⁰ KERN, p. 1815 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 27 ; FF 2011 857 ss, p. 916.

⁵¹ Pour reprendre l'expression de STÖCKLI/BEYELER, N. 27.

⁵² HERRMANN/KÖNIG, N. 74.

⁵³ Art. 32 al. 1 lit. f LTV.

⁵⁴ Art. 32 al. 1 lit. g LTV.

⁵⁵ Art. 32 al. 1 lit. e LTV ; FF 2011 857 ss, p. 916.

Dans le même ordre d'idées, il n'a pas voulu imposer de procédure de mise au concours lorsque celle-ci ne serait pas économiquement raisonnable⁵⁶. Ainsi, une mise au concours n'a pas lieu lorsque l'indemnisation⁵⁷ est inférieure à un montant déterminé⁵⁸. Ce montant varie selon que l'on soit en présence d'une nouvelle offre de transport⁵⁹ – qui nécessite l'octroi d'une concession – ou d'une offre de transport préexistante⁶⁰, lors de son renouvellement⁶¹.

Dans la première hypothèse, la valeur seuil du montant de l'indemnité à partir duquel les commanditaires doivent procéder à une mise au concours est dynamique puisqu'elle est fixée d'après l'art. 6 al. 1 lit. b de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics⁶², soit 230 000 francs à ce jour⁶³.

Dans la seconde hypothèse, cette valeur seuil est arrêtée à un montant fixe de 500 000 francs hors TVA⁶⁴. Les nouvelles offres de transport sont donc plus facilement soumises à la procédure de mise au concours que les offres de transport préexistantes ; il s'agit là d'un choix délibéré du législateur⁶⁵.

2. Le respect d'une convention d'objectifs

Il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle mise au concours lorsque, dans le cadre d'un renouvellement de la concession⁶⁶, l'entreprise mandatée a atteint les objectifs qui ont préalablement été fixés dans une convention qu'elle a conclue avec les commanditaires⁶⁷.

A vrai dire, cette exception déroge au principe suivant lequel les commanditaires mettent au concours la prestation de transport commandée à l'occasion du renouvellement de la

⁵⁶ FF 2011 857 ss, p. 916.

⁵⁷ Art. 28 LTV.

⁵⁸ Art. 32 al. 1 lit. b LTV ; FF 2011 857 ss, p. 916.

⁵⁹ Art. 32c al. 1 LTV.

⁶⁰ HERRMANN/KÖNIG, N. 73.

⁶¹ Art. 32c al. 3 LTV.

⁶² LMP ; RS 172.056.1.

⁶³ Art. 27 al. 1 OITRV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 74.

⁶⁴ Art. 27 al. 1 OITRV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 75. À noter que ce montant était déjà évoqué par le Conseil fédéral dans son Message : FF 2011 857 ss, p. 916.

⁶⁵ HERRMANN/KÖNIG, N. 74.

⁶⁶ Art. 32c al. 3 LTV. HERRMANN/KÖNIG (N. 71) laissent entendre que cette exception pourrait également s'appliquer lorsqu'une mise au concours a lieu pendant la durée de la concession (art. 32c al. 2 LTV). Or, une telle mise au concours est organisée seulement lorsque l'entreprise de transport adopte un comportement répréhensible, notamment lorsqu'elle ne remplit pas sur plusieurs points ou sur un point essentiel les objectifs fixés dans une convention d'objectifs (art. 32c al. 2 lit. b LTV). Il paraît dès lors difficile, sinon impossible, qu'elle ait dans le même temps atteint les objectifs découlant de la convention.

⁶⁷ Art. 32 al. 1 lit. a LTV.

concession⁶⁸, pour autant que leur planification la prévoie⁶⁹. Or, tel n'est pas le cas lorsqu'une convention d'objectifs a été conclue et que l'entreprise atteint ces derniers⁷⁰.

En clair, une entreprise de transport qui a atteint les objectifs qui lui ont été fixés sur la base d'une convention ne devrait pas voir son marché menacé lors du renouvellement de sa concession. On peut donc craindre que cette exception réduise drastiquement la portée de la procédure de la mise au concours des prestations de transport commandées.

3. L'intégration à un réseau préexistant

Une nouvelle prestation de transport qui fait partie intégrante d'un réseau régional préexistant ne doit pas être mise au concours⁷¹. Cette exception laisse une telle liberté d'appréciation aux commanditaires que sa portée a été précisée⁷² : ainsi, une nouvelle offre de transport est considérée comme partie intégrante d'un réseau régional préexistant lorsque, dans une région, une seule entreprise de transport exploite plusieurs lignes de bus interconnectées et que la nouvelle offre de transport est intégrable au réseau préexistant de sorte qu'il en résulte des synergies d'exploitation avec les lignes préexistantes⁷³.

Le législateur est en effet d'avis qu'il est impossible pour une nouvelle entreprise de transport de pénétrer concurrentiellement un marché exploité par une seule entreprise existante compte tenu des investissements conséquents qu'implique l'exploitation d'une ligne de transport et qu'il est par conséquent préférable de renoncer à une procédure de mise au concours dans ce cas de figure. Il va sans dire que cette exception revêt également une importance pratique considérable en Suisse, où le réseau de transports publics est étroitement interconnecté⁷⁴.

4. Les lignes transfrontalières

Le législateur a consacré une disposition particulière aux prestations de transport transfrontalières. Dans cette hypothèse, la loi pose pour principe que la mise au concours doit être coordonnée avec le pays voisin⁷⁵, cas échéant par la conclusion de conventions⁷⁶. Ces dispositions, particulièrement importantes pour les transports au sein d'agglomérations

⁶⁸ Art. 32c al. 3 LTV.

⁶⁹ Art. 31c LTV.

⁷⁰ Dans ce sens : STÖCKLI/BEYELER, N. 28.

⁷¹ Art. 32 al. 2 lit. d LTV.

⁷² HERRMANN/KÖNIG, N. 76.

⁷³ Art. 27b OITRV.

⁷⁴ HERRMANN/KÖNIG, N. 77 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 27.

⁷⁵ Art. 32a al. 1 LTV.

⁷⁶ Art. 32a al. 2 LTV.

transfrontalières, ont pour but principal de garantir l'exploitation continue des lignes assurant une desserte de part et d'autre de la frontière⁷⁷.

Dans la pratique, la conclusion de telles conventions est rare⁷⁸. Cela ne doit toutefois pas nuire à l'exploitation de ces lignes, c'est pourquoi le législateur a prévu qu'en l'absence de conventions, l'OFT peut renoncer à une mise au concours et commander la prestation à l'entreprise qui a obtenu l'adjudication pour la section de ligne située dans le pays voisin lors de la procédure de mise au concours⁷⁹.

C. La mise au concours facultative ; le transport par le rail

La procédure de mise au concours s'applique également aux prestations du transport ferroviaire, pour autant que les commanditaires s'entendent mutuellement⁸⁰. Autrement dit, la mise au concours des prestations du transport ferroviaire n'est pas obligatoire. Au contraire, elle est conditionnée à l'entente mutuelle des commanditaires, soit de la Confédération et du (des) canton(s) concerné(s). La première peut ainsi veiller à la prise en considération suffisante des particularités du réseau ferré⁸¹. Il s'agit donc d'une « *kannvorschrift* » et les entreprises ferroviaires ne sauraient de ce fait exiger que ces prestations soient mises au concours⁸².

La possibilité d'étendre la procédure de mise au concours des prestations de transport commandées au domaine ferroviaire fait l'objet d'importantes critiques de la doctrine, qui relève que cette possibilité n'a été étayée ni dans la loi ni dans l'ordonnance⁸³. Ainsi, alors que la loi fixe des dispositions particulières applicables à la mise au concours de prestations de transport par la route⁸⁴, le législateur n'a pas prévu d'équivalent s'agissant des prestations de transport par le rail. Pire, le Conseil fédéral n'a absolument pas tenu compte des particularités du transport ferroviaire lorsqu'il a élaboré les dispositions d'exécution⁸⁵. De deux choses l'une : soit la mise en œuvre de la possibilité d'étendre la procédure de mise au concours au domaine ferroviaire est en quelque sorte paralysée par l'absence de

⁷⁷ ZELLWEGER, p. 226 ; FF 2011 857 ss, p. 917.

⁷⁸ HERRMANN/KÖNIG, N. 62.

⁷⁹ Art. 32a al. 3 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 62 ; ZELLWEGER, p. 226.

⁸⁰ Art. 32 al. 3 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 65.

⁸¹ FF 2011 857 ss, p. 916.

⁸² STÖCKLI/BEYELER, N. 31. Voir également : COMCO, N. 12.

⁸³ HERRMANN/KÖNIG, N. 66.

⁸⁴ Art. 32c LTV.

⁸⁵ KERN, p. 1824 ; KERN/KÖNIG, N. 9.43.

dispositions d'exécution spécifiques, soit l'on applique autant que possible les dispositions d'exécution existantes, malgré leur inadéquation au domaine ferroviaire⁸⁶.

Sans convaincre, une partie de la doctrine prône cette seconde solution⁸⁷. À notre sens, aucune d'entre elles n'est véritablement satisfaisante. D'autres auteurs relèvent d'ailleurs que la mise au concours des prestations de transport par le rail fait face à d'autres difficultés⁸⁸, pour partie déjà évoquées par le Conseil fédéral dans son Message⁸⁹. Ainsi, KERN considère à raison que la mise au concours des prestations de transport par le rail pourrait en réalité entraîner une diminution de la qualité de ces prestations, par exemple par une augmentation des ruptures de charges et de correspondances⁹⁰. Il défend ainsi l'attribution directe des prestations aux entreprises de transport ferroviaire, au détriment d'une procédure de mise au concours⁹¹.

Du reste, la mise au concours des prestations de transport par le rail n'est en principe pas retenue dans la pratique. Ainsi, le canton de Saint-Gall, en concertation avec les autres cantons commanditaires, a renoncé à mettre au concours les prestations de son réseau de trafic régional (S-Bahn), préférant une offre coordonnée des entreprises ferroviaires l'exploitant (CFF, SOB, Thurbo)⁹².

III La procédure de mise au concours

Avant d'examiner la procédure de mise au concours *stricto sensu*, il est nécessaire de savoir quand il convient d'y procéder. Nous étudierons donc cette question dans un premier temps. Nous nous intéresserons ensuite au déroulement de la mise au concours, qui est définie de manière détaillée dans la loi⁹³. Notre attention se focalisera d'abord sur trois points saillants, soit les principes généraux de procédure, les critères de qualification des entreprises soumissionnaires et l'exclusion de la procédure de mise au concours. Nous traiterons ensuite de l'adjudication de la prestation de transport, en particulier des critères d'adjudication, de la décision d'adjudication et de la convention d'adjudication. Nous consacrerons enfin un dernier mot à l'hypothèse d'un changement de l'entreprise adjudicataire.

⁸⁶ KERN, p. 1825.

⁸⁷ HERRMANN/KÖNIG, N. 66 ; KERN, p. 1825.

⁸⁸ KERN/KÖNIG, N. 9.43.

⁸⁹ FF 2011 857 ss, p. 916. À ce propos, voir *supra* ch. I.

⁹⁰ KERN, p. 1825.

⁹¹ KERN, p. 1825.

⁹² COMCO, N. 13.

⁹³ ZUFFEREY, N. 15.

A. Le moment de la mise au concours

1. Lors de l'octroi ou du renouvellement de la concession

La mise au concours des prestations de transport commandées a normalement lieu lors de l'octroi d'une nouvelle concession⁹⁴, ainsi que lors de son renouvellement, pour autant que la planification des commanditaires le prévoie⁹⁵. La durée de la concession et celle de la prestation de transport sont donc en principe identiques⁹⁶. La loi impose du reste plus généralement que les procédures de mise au concours et d'octroi (ou de renouvellement) de la concession soient coordonnées et qu'elles donnent lieu à une seule décision⁹⁷.

Ces dispositions doivent naturellement être lues au regard des exceptions à la mise au concours des prestations de transport commandées⁹⁸. Ainsi, on rappellera qu'il n'y a notamment pas lieu de mettre au concours la prestation de transport lorsqu'une concession est modifiée, qu'elle est transférée à une autre entreprise de transport ou lorsqu'elle est octroyée dans le cadre du développement d'un réseau existant⁹⁹. Cela vaut d'autant plus lors du renouvellement de la concession, lorsque l'entreprise de transport à laquelle la prestation a été attribuée a atteint les objectifs fixés par la convention¹⁰⁰.

2. Pendant la durée de la concession

La mise au concours de la prestation de transport peut également avoir lieu pendant la durée de la concession. Cette hypothèse garde toutefois un caractère exceptionnel ; elle apparaît en quelque sorte comme une sanction¹⁰¹, ensuite de manquements de l'entreprise de transport.

Il en va ainsi lorsque l'entreprise de transport n'exerce pas – ou que partiellement – les droits qui lui sont attribués ou qu'elle manque gravement ou à plusieurs reprises aux obligations prévues par la loi ou la concession¹⁰². Il en va de même lorsque l'entreprise de

⁹⁴ Art. 32c al. 1 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 68.

⁹⁵ Art. 32c al. 3 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 70.

⁹⁶ Art. 32b al. 2 LTV. À ce propos, voir : KERN, p. 1817 s.

⁹⁷ Art. 32b al. 1 LTV ; KERN/KÖNIG, N. 9.50 ; HERRMANN/KÖNIG, N. 63 ; HEPP/STRÜCKELBERGER, p. 224 ; arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 1.1. L'art. 27c al. 1 OITRV impose du reste aux entreprises de présenter leur demande de concession en même temps que leur soumission.

⁹⁸ ZUFFEREY, N. 15.

⁹⁹ HERRMANN/KÖNIG, N. 68. À propos des différentes exceptions au principe de la mise au concours, voir *supra* ch. II/B.

¹⁰⁰ STÖCKLI/BEYELER, N. 28 ; à ce propos, voir *supra* ch. II/B/2.

¹⁰¹ Dans ce sens : KERN, p. 1815.

¹⁰² Art. 32c al. 2 lit. a LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 69 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 28.

transport ne remplit pas correctement les objectifs fixés dans une convention ou lorsqu'une baisse de prix ou une amélioration de la prestation de transport fixée dans la convention d'adjudication est demandée et qu'elle n'est pas réalisée, pour autant que la convention prévoit une mise au concours comme sanction¹⁰³.

3. La planification préalable à la mise au concours

En principe, la mise au concours d'une prestation de transport doit préalablement être planifiée par les commanditaires, qui tiennent compte dans leurs réflexions des exigences et des besoins locaux et régionaux¹⁰⁴ et peuvent y renoncer le cas échéant¹⁰⁵. La compétence de mener cette planification, dont les modalités sont définies dans l'ordonnance d'application¹⁰⁶, est principalement déléguée aux cantons¹⁰⁷.

Notons que la planification de la mise au concours n'est pas susceptible de recours¹⁰⁸, contrairement à ce qui prévaut en matière de marchés publics¹⁰⁹. Ainsi, lorsque les commanditaires renoncent à planifier une mise au concours, il n'est pas possible d'agir pour déni de justice¹¹⁰. Un recours demeure toutefois possible lorsque les commanditaires renoncent à planifier une mise au concours en invoquant une des exceptions prévues par la loi¹¹¹.

¹⁰³ Art. 32c al. 2 lit. b resp. c LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 69 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 28.

¹⁰⁴ Art. 31c al. 1 LTV.

¹⁰⁵ HERRMANN/KÖNIG, N. 95 ; STÖCKLI/BEYELER, N. 29.

¹⁰⁶ Art. 27 OITRV.

¹⁰⁷ Art. 31c al. 2 LTV. Cette disposition prévoit toutefois que l'OFT veille à une planification uniformisée des mises au concours et à la coordination entre les cantons. Il vérifie notamment que les offres de transport à mettre au concours en commun contiennent les mêmes informations. Il publie une vue d'ensemble des planifications des mises au concours (art. 27 al. 4 OITRV).

¹⁰⁸ Art. 31c al. 3 LTV. En revanche, la mise au concours proprement dite fait l'objet d'une décision de l'OFT (art. 32i al. 1 lit. a LTV), qui doit être publiée (art. 32j al. 1 LTV) et qui est susceptible de recours.

¹⁰⁹ STÖCKLI/BEYELER, N. 30.

¹¹⁰ Au sens de l'art. 46a PA ; STÖCKLI/BEYELER, N. 30.

¹¹¹ Art. 32 al. 2 LTV. Dans ce cas, l'OFT doit rendre une décision susceptible de recours (voir *supra* ch. II/B). S'il ne le fait pas, il serait possible d'agir par la voie du déni de justice (art. 46a PA). Dans ce sens : STÖCKLI/BEYELER, N. 30.

B. Les principes de procédure

La loi fixe différents principes de procédure – dont la plupart sont analogues à ceux que l'on rencontre dans la loi fédérale sur les marchés publics¹¹² – qui s'adressent tantôt aux commanditaires, tantôt aux entreprises soumissionnaires.

Ainsi, les commanditaires doivent veiller au respect du principe de l'égalité de traitement entre les entreprises soumissionnaires durant toutes les phases de la procédure¹¹³. Ils doivent également s'assurer que les entreprises soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la sécurité du travail et aux conditions de travail des employés¹¹⁴, ainsi que la parité salariale entre hommes et femmes¹¹⁵, afin de garantir une saine concurrence entre elles¹¹⁶. Les conditions de travail des employés ont fait l'objet d'une directive de l'OFT¹¹⁷, qui fixe notamment le salaire minimum des chauffeurs de bus, mais n'aborde en revanche pas la problématique de l'égalité salariale entre hommes et femmes. La doctrine est d'avis qu'une CCT peut également constituer une garantie des conditions de travail des employés¹¹⁸. Enfin, le caractère confidentiel des données des entreprises doit être respecté par les commanditaires¹¹⁹, ce qui peut susciter des tensions dans le cadre de la motivation de la décision d'adjudication¹²⁰.

La loi exige ensuite des entreprises soumissionnaires qu'elles déposent des offres complètes et dans les délais¹²¹. Le respect de ces exigences procédurales est également connu du droit des marchés publics, dont les solutions retenues peuvent être reprises *mutatis mutandis*. Ainsi, le délai est réputé respecté lorsque l'offre est remise à un office postal à l'adresse de l'autorité avant l'échéance fixée¹²². *A contrario*, l'entreprise qui dépose une offre une fois le délai échu doit d'emblée être exclue¹²³. Il en va de même de celle dont l'offre est incomplète¹²⁴, sous une réserve : l'entreprise soumissionnaire doit tout de même avoir la possibilité de compléter son offre lorsque celle-ci est lacunaire sur un point de

¹¹² Art. 8 al. 1 LMP.

¹¹³ Art. 32d al. 1 lit. a LTV.

¹¹⁴ Art. 32d al. 1 lit. b LTV.

¹¹⁵ Art. 32d al. 1 lit. c LTV.

¹¹⁶ POLTIER, N. 305.

¹¹⁷ Directive du 26 mars 2014 « Conditions de travail de la branche des BUS », disponible sur le site internet de l'OFT.

¹¹⁸ HERRMANN/KÖNIG, N. 88.

¹¹⁹ Art. 32d al. 1 lit. d LTV.

¹²⁰ Arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 6.5.5.

¹²¹ Art. 32d al. 2 lit. a LTV.

¹²² POLTIER, N. 310.

¹²³ Art. 32f lit. d LTV. Dans ce sens, POLTIER, N. 310. Sur l'exclusion des offres, voir *infra* ch. III/D.

¹²⁴ Art. 32f lit. d LTV. Dans ce sens, POLTIER, N. 312. Sur l'exclusion des offres, voir *infra* ch. III/D.

nature secondaire, qui n'empêche pas son évaluation sérieuse¹²⁵. Les entreprises soumissionnaires doivent de surcroît garantir que la mise en service des prestations de transport commandées se fasse à la date prévue, pour autant qu'un recours ne la retarde pas¹²⁶.

C. Les critères de qualification

Avant de pouvoir formuler une offre, les entreprises doivent encore démontrer qu'elles sont aptes à soumissionner¹²⁷ ; on parle à cet égard de critères d'aptitude ou de qualification. Ces critères se distinguent des critères d'adjudication. Les premiers précèdent les seconds dans la procédure ; ils permettent d'évaluer l'aptitude de l'entreprise soumissionnaire à offrir la prestation et non la prestation elle-même¹²⁸. Ces critères sont impératifs en ce sens que le prestataire qui ne remplit pas l'un d'eux est exclu de la procédure¹²⁹.

En l'occurrence, les commanditaires peuvent demander aux entreprises d'attester de leur capacité financière, économique, technique et d'exploitation, à l'instar de ce que prévoit la loi fédérale sur les marchés publics¹³⁰. Ils doivent alors déterminer les critères de qualification pertinents¹³¹, qui seront énoncés dans le dossier de mise au concours¹³². Les commanditaires disposent à cet égard d'une certaine liberté d'appréciation, pour autant toutefois que les critères retenus se trouvent dans un rapport objectif avec la prestation mise au concours¹³³.

D. L'exclusion d'une entreprise soumissionnaire

Reprenant une fois encore trait pour trait la solution retenue en matière de marchés publics¹³⁴, dont la jurisprudence peut dès lors être transposée *mutatis mutandis*¹³⁵, la loi

¹²⁵ POLTIER, N. 312.

¹²⁶ Art. 32d al. 2 lit. b LTV.

¹²⁷ A défaut, elles se verront écartées de la procédure de mise au concours (art. 32f lit. a LTV ; dans ce sens : POLTIER, N. 297).

¹²⁸ POLTIER, N. 321.

¹²⁹ FF 2011 857 ss, p. 919.

¹³⁰ Art. 9 al. 1 LMP. Seule la capacité d'exploitation des entreprises apparaît comme un critère propre de la loi sur le transport de voyageurs. Voir également : KERN, p. 1816.

¹³¹ Art. 32e al. 1 LTV. Ces critères, qui sont établis par le canton commanditaire (art. 27e al. 1 lit. b OITRV), devront ensuite être indiqués lors de la mise au concours, de même que les documents qui doivent être fournis (art. 32e al. 2 LTV).

¹³² Art. 27e al. 1 lit. c OITRV.

¹³³ POLTIER, N. 301 et 323.

¹³⁴ Art. 11 LMP.

¹³⁵ Dans ce sens : arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 7.4.3.

délimite un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles elle permet aux commanditaires d'exclure une entreprise soumissionnaire¹³⁶.

Ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué, les commanditaires peuvent exclure de la procédure de mise au concours une entreprise qui ne respecterait pas les principes de la procédure¹³⁷ ou qui ne satisferait pas aux critères de qualification¹³⁸. Peut également être écartée l'entreprise qui a transmis de faux renseignements aux commanditaires¹³⁹, qui n'a pas payé ses impôts ou ses cotisations sociales¹⁴⁰, qui a conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace ou encore qui a fait l'objet d'une procédure de faillite¹⁴¹. Lorsqu'ils soupçonnent un motif d'exclusion, les commanditaires peuvent préalablement s'informer sur une entreprise soumissionnaire¹⁴².

L'exclusion d'une entreprise soumissionnaire peut être prononcée tout au long de procédure, même après l'adjudication de la prestation de transport, par le biais du mécanisme de la révocation¹⁴³. Les commanditaires peuvent toutefois renoncer à exclure une entreprise, en particulier lorsque l'exclusion ne respecterait pas le principe de proportionnalité¹⁴⁴. Sur le plan procédural, la décision d'exclusion est prononcée par l'OFT¹⁴⁵, qui peut la notifier simultanément à l'adjudication de la prestation¹⁴⁶. Elle peut être contestée devant le TAF¹⁴⁷, qui dispose d'un pouvoir d'examen réduit¹⁴⁸, mais non ensuite devant le TF¹⁴⁹.

¹³⁶ KERN, p. 1816 s. Les motifs exposés par la loi ne paraissent pas exhaustifs et l'exclusion peut résulter d'une autre raison, par exemple d'une faute professionnelle (à ce propos, voir : POLTIER, N. 303).

¹³⁷ Art. 32f/lit. d LTV ; FF 2011 857 ss, p. 919. À propos des principes généraux de procédure, voir *supra* ch. III/B.

¹³⁸ Art. 32f/lit. a LTV ; FF 2011 857 ss, p. 919. À propos des critères de qualification, voir *supra* ch. III/C.

¹³⁹ Art. 32f/lit. b LTV ; POLTIER, N. 305.

¹⁴⁰ Art. 32f/lit. c LTV.

¹⁴¹ Art. 32f/lit. f LTV.

¹⁴² Art. 27i al. 2 lit. a OITRV. Sur cette possibilité, voir : arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 7.4.4.

¹⁴³ POLTIER, N. 304. L'art. 32h al. 1 LTV prévoit du reste que : « les commanditaires peuvent révoquer la décision d'adjudication pour les mêmes motifs que ceux pour lesquels ils peuvent exclure une entreprise de la procédure de mise au concours (...) ».

¹⁴⁴ POLTIER, N. 299. L'art. 32f al. 1 LTV confère d'ailleurs une liberté d'appréciation aux commanditaires qui entendent exclure une entreprise de transport.

¹⁴⁵ Art. 32i al. 1 lit. b LTV.

¹⁴⁶ Art. 32i al. 2 LTV. Cette solution est communément utilisée en matière de marchés publics ; POLTIER, N. 300.

¹⁴⁷ Art. 31 LTAF.

¹⁴⁸ Art. 56 al. 3 LTV : « Lors de la procédure de recours contre une décision prise en vertu de l'art. 32i, le grief de l'inopportunité n'est pas recevable ».

¹⁴⁹ Art. 83 al. 1 lit. f^{bis} LTF ; AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, art. 83, N. 92a.

E. L'adjudication

1. Les critères d'adjudication

A la teneur du texte légal, les commanditaires adjudgent la prestation de transport mise au concours à l'entreprise qui a soumis l'offre la plus avantageuse du point de vue économique¹⁵⁰, reprenant là encore une solution identique à celle qui prévaut en droit des marchés publics¹⁵¹. La loi énonce ensuite la manière de déterminer l'offre la plus avantageuse du point de vue économique, en exigeant des commanditaires qu'ils prennent notamment en compte la qualité et la conception de l'offre, les recettes, les frais et l'impact environnemental¹⁵².

Bien que l'aspect purement économique de l'offre ait un rôle à jouer – l'OFT exigeant que le prix de l'offre reçoive une pondération relativement élevée, de l'ordre de 40 %¹⁵³ – il n'est toutefois pas décisif à lui seul¹⁵⁴. Ainsi, sous l'angle de la qualité de l'offre, on portera une attention particulière à la qualification du personnel qui, en raison de son contact direct avec les clients, constitue en quelque sorte la vitrine de l'entreprise de transport¹⁵⁵.

Les critères définis par la loi doivent plus généralement être interprétés largement¹⁵⁶. Ils confèrent une importante liberté d'appréciation aux commanditaires, qui sont libres d'en retenir d'autres¹⁵⁷, pour autant bien sûr qu'ils se trouvent en lien avec la prestation à adjudger¹⁵⁸. La doctrine cite à ce propos le critère de l'expérience de l'entreprise de transport, qui joue un rôle considérable pour évaluer la qualité et la fiabilité des prestations de transport à adjudger, mais qui ne doit pas pour autant aboutir à verrouiller l'accès aux prestations mises au concours à de nouveaux acteurs¹⁵⁹.

¹⁵⁰ Art. 32g al. 1 LTV ; ZELLWEGER, p. 223. À noter qu'au stade de l'octroi de la concession, l'entreprise doit prouver que sa prestation peut être fournie de façon appropriée et économique (art. 9 al. 2 lit. a LTV). Sur le lien entre ces dispositions : arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 9.3.

¹⁵¹ Art. 21 al. 1 LMP.

¹⁵² Art. 32g al. 2 LTV.

¹⁵³ HERRMANN/KÖNIG, N. 90.

¹⁵⁴ HERRMANN/KÖNIG, N. 90 ; KERN/KÖNIG, N. 9.49 ; KERN, p. 1817.

¹⁵⁵ Dans ce sens : HERRMANN/KÖNIG, N. 90.

¹⁵⁶ KERN, p. 1817.

¹⁵⁷ Les critères fixés par la loi (art. 32g al. 2 LTV) semblent toutefois constituer un socle minimal dont les commanditaires doivent tenir compte. Dans ce sens, voir l'arrêt non publié du TAF A-7718/2016 du 2 juillet 2018, consid. 9.3.

¹⁵⁸ Dans ce sens : KERN/KÖNIG, N. 9.49. Sous l'angle formel, les critères retenus doivent tout de même être énoncés dans le dossier de mise au concours (art. 27e al. 1 lit. d OITRV).

¹⁵⁹ KERN, p. 1817.

Précisons encore qu'il revient à l'OFT et au canton d'évaluer les soumissions à l'aide d'une analyse de la valeur utile ou d'un système équivalent, puis de déterminer conjointement la soumission la plus économique¹⁶⁰. Pour ce faire, le canton aura préalablement rectifié les soumissions sur les plans technique et comptable, de sorte qu'elles soient objectivement comparables¹⁶¹.

2. La décision d'adjudication

La loi rappelle que la prestation de transport est adjudgée pour la durée prévue dans la mise au concours¹⁶², laquelle doit en principe correspondre à la durée de la concession octroyée à l'entreprise de transport¹⁶³. Concrètement, la prestation de transport sera attribuée, comme la concession, pour une durée maximale de vingt-cinq ans¹⁶⁴. En principe, elle devra toutefois être limitée à dix ans¹⁶⁵ et pourra même être concédée pour une durée plus courte, dans certaines hypothèses¹⁶⁶.

Du point de vue formel, la compétence d'adjudger la prestation de transport est attribuée à l'OFT¹⁶⁷. Ainsi, la décision d'adjudication ne devrait ainsi pas être influencée par des intérêts cantonaux qui seraient étrangers aux objectifs de la mise au concours. L'OFT doit toutefois veiller à prendre en compte les intérêts locaux et régionaux que l'on peut rattacher au domaine des transports régionaux¹⁶⁸. Dans la pratique, l'adjudication est décidée d'un commun accord avec le(s) canton(s) commanditaire(s) de la prestation¹⁶⁹. Ce n'est que si aucune décision n'est prise neuf mois avant le début de l'exploitation que l'OFT statue sur l'exploitation de l'offre de transport¹⁷⁰. La décision de l'OFT peut ensuite faire l'objet d'un recours auprès du TAF¹⁷¹, qui statue en dernière instance¹⁷².

¹⁶⁰ Art. 27i al. 3 OITRV ; KERN, p. 1816. Sur la décision du Conseil fédéral du 10 juin 2005 et ses conséquences sur les critères d'évaluation, voir : HERRMANN/KÖNIG, N. 93.

¹⁶¹ Art. 27i al. 1 OITRV. À ce propos, voir : HERRMANN/KÖNIG, N. 94.

¹⁶² Art. 32g al. 3 LTV.

¹⁶³ Art. 32b al. 2 LTV.

¹⁶⁴ Art. 6 al. 3 LTV.

¹⁶⁵ Art. 15 al. 1 OTV ; KERN précise que cette règle vaut en particulier dans le domaine du transport par autobus, qui connaît des durées d'amortissement moins longues que celles pratiquées dans celui du transport ferroviaire (KERN, p. 1818). Voir également : ZELLWEGER, p. 223.

¹⁶⁶ Art. 15 al. 2 OTV ; ZELLWEGER, p. 223.

¹⁶⁷ Art. 32i al. 1 lit. d LTV. Cette décision doit être publiée (art. 32j al. 1 LTV).

¹⁶⁸ KERN, p. 1816.

¹⁶⁹ Art. 32g al. 1 LTV ; KERN, p. 1816.

¹⁷⁰ HERRMANN/KÖNIG, N. 83 ; KERN/KÖNIG, N. 9.49.

¹⁷¹ Dont on rappellera que le pouvoir d'examen est limité par l'art. 56 al. 3 LTV, selon lequel le grief de l'inopportunité n'est pas recevable lorsque la procédure de recours porte contre une décision prise en vertu de l'art. 32i LTV.

¹⁷² Art. 83 al. 1 lit. f^{bis} LTF ; AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, art. 83, N. 92a.

3. La convention d'adjudication

Une fois que la décision d'adjudication est entrée en force, les commanditaires¹⁷³ et l'entreprise concluent une convention d'adjudication¹⁷⁴. Elle constitue le fondement d'une collaboration durable entre une entreprise de transport et les commanditaires et définit les conditions cadres auxquelles doivent être fournies les prestations de transport indemniées¹⁷⁵. Du fait de son objet, la convention d'adjudication doit être qualifiée de contrat de droit administratif¹⁷⁶. La solution retenue s'écarte donc fondamentalement de celle connue en droit suisse des marchés publics – selon laquelle la conclusion d'un contrat ensuite d'une décision d'adjudication relève du droit privé¹⁷⁷ – sur ce point.

Le contenu de la convention fixe essentiellement, sur la base de l'offre, la durée de validité, la prestation de transport, la qualité, les coûts, les recettes, les mécanismes d'adaptation et le contrôle¹⁷⁸. L'ordonnance précise que la durée de validité correspond à celle fixée dans la décision d'adjudication¹⁷⁹, laquelle coïncide elle-même avec la durée de la concession¹⁸⁰. Le montant des indemnités est fixé par la convention pour les deux premières périodes d'horaire¹⁸¹, puis peut ensuite être réajusté¹⁸². La convention peut également porter sur d'autres points, comme l'instauration d'un système de bonus-malus, d'un mécanisme de comptage des passagers, la mise en place d'un système d'information aux voyageurs et d'enquêtes de satisfaction, etc.¹⁸³. Au surplus, la convention peut à tout moment faire l'objet d'adaptations d'entente entre les parties, lorsque les circonstances se sont fondamentalement modifiées¹⁸⁴, sans que cela ne soit admis trop facilement¹⁸⁵. Enfin, on

¹⁷³ L'art. 27m al. 1 OITRV précise que « [...] le canton et l'OFT établissent conjointement la convention d'adjudication [...] ».

¹⁷⁴ Art. 32k al. 1 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 84.

¹⁷⁵ FF 2011 857 ss, p. 920.

¹⁷⁶ Sur les critères de distinction : MOOR/POLTIER, p. 428 ss ; TANQUEREL, p. 343 s.

¹⁷⁷ POLTIER, N. 477.

¹⁷⁸ Art. 32k al. 2 LTV ; KERN, p. 1817 ; ZELLWEGER, p. 223.

¹⁷⁹ Art. 27m al. 2 OITRV.

¹⁸⁰ Art. 32b al. 2 LTV. À cet égard, voir *supra* ch. III/A/1.

¹⁸¹ Art. 27m al. 2 OITRV. Ce montant n'est en principe pas adapté durant cette période, sous réserve de rares exceptions, par exemple en raison de modifications tarifaires qui n'étaient pas encore connues au moment où l'offre a été formulée. En revanche, d'autres éléments, comme l'augmentation du prix du carburant, font partie du risque entrepreneurial et ne suffisent pas à justifier une adaptation durant les deux premières périodes horaires (HERRMANN/KÖNIG, N. 84). Voir également : FF 2011 857 ss, p. 920.

¹⁸² Art. 27m al. 2 OITRV ; KERN/KÖNIG, N. 9.50.

¹⁸³ FF 2011 857 ss, p. 921.

¹⁸⁴ Art. 27m al. 3 OITRV ; KERN/KÖNIG, N. 9.50.

¹⁸⁵ Dans ce sens : KERN, p. 1818 s.

rappellera que l'entreprise qui viole gravement la convention peut se voir retirer la prestation de transport qui lui a été attribuée¹⁸⁶.

F. Le changement de l'entreprise soumissionnaire

La loi règle de manière assez précise le transfert d'une prestation de transport d'une entreprise de transport à une autre au terme d'une mise au concours. Elle se distingue sur ce point du droit des marchés publics, qui ne contient pas de règles similaires.

Si les commanditaires l'exigent et si les moyens d'exploitation sont essentiels pour les lignes du trafic régional des voyageurs mises au concours, l'entreprise précédemment mandatée doit ainsi céder les moyens d'exploitation acquis spécialement pour la prestation de transport concernée à la valeur comptable résiduelle¹⁸⁷ à la nouvelle entreprise¹⁸⁸, qui doit les reprendre¹⁸⁹. L'ordonnance règle les modalités de cette cession¹⁹⁰. Les obligations découlant de cette disposition sont critiquées par la doctrine, qui estime que le transfert des moyens d'exploitation soulèvera des difficultés techniques¹⁹¹ et qui y voit plus généralement une restriction de la concurrence¹⁹².

En outre, la nouvelle entreprise doit proposer les postes de travail supplémentaires nécessaires à la prestation de transport concernée aux employés de l'entreprise précédemment mandatée aux conditions en usage dans la branche¹⁹³. Cette obligation ne confère pas un droit au maintien de l'emploi, mais attribue un privilège des employés de l'entreprise précédemment mandatée sur les emplois nouvellement créés¹⁹⁴. Cette disposition suscite également les critiques de la doctrine, qui y perçoit une restriction de la concurrence¹⁹⁵.

En définitive, en voulant régler l'hypothèse d'un changement d'entreprise adjudicataire, le législateur a plutôt ouvert la boîte de Pandore. À défaut d'expériences dans la pratique

¹⁸⁶ Art. 32c al. 2 LTV. À ce propos, voir *supra* ch. III/A/2.

¹⁸⁷ Il existe ainsi un risque que la nouvelle entreprise de transport soit ainsi contrainte de reprendre des biens surévalués par rapport à leur valeur sur le marché. À ce propos, voir : KERN, p. 1823 s. ; KERN/KÖNIG, N. 9.52.

¹⁸⁸ Art. 27I al. 1 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 86.

¹⁸⁹ Art. 27I al. 2 LTV.

¹⁹⁰ Art. 19 al. 2 OITRV. Sur la problématique des amortissements : KERN/KÖNIG, N. 9.52.

¹⁹¹ HERRMANN/KÖNIG, N. 86.

¹⁹² KERN, p. 1824.

¹⁹³ Art. 27I al. 3 LTV ; KERN/KÖNIG, N. 9.53.

¹⁹⁴ HERRMANN/KÖNIG, N. 86. Pour KERN, cette règle ne doit pas s'étendre aux postes de direction, pour respecter l'autonomie entrepreneuriale de la société nouvellement mandatée (KERN, p. 1824).

¹⁹⁵ KERN, p. 1824. Également critique de cette solution : HERRMANN/KÖNIG, N. 89.

à ce jour¹⁹⁶, il est toutefois difficile de savoir si les critiques de la doctrine trouveront un écho lors d'un changement d'entreprise adjudicataire.

Conclusion

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, la procédure de mise au concours des prestations de transport commandées a surtout consacré la pratique antérieure, sans lui apporter de modifications notables¹⁹⁷. Malgré cette codification, le nombre de prestations de transport mises au concours demeure toujours très modeste¹⁹⁸, ce que l'on peut expliquer par plusieurs raisons.

D'une part, les caractéristiques du système de transports publics en Suisse, qui repose sur des bases solides et souvent inconnues des pays voisins – densité du réseau, horaire cadencé, interconnexion entre les différents modes de transports, coopération entre les entreprises de transports, tarification intégrée, etc. – ne se prêtent que peu à la mise au concours des prestations de transport. Ces caractéristiques apparaissent en effet comme un obstacle quasi rédhibitoire pour les entreprises qui souhaiteraient pénétrer le marché. Ces spécificités rendent de surcroît difficile la délimitation de lots à mettre au concours¹⁹⁹.

D'autre part, cette situation s'explique par la procédure de mise au concours elle-même. Bien qu'ayant apporté quelques évolutions positives par rapport à la pratique antérieure²⁰⁰, elle n'en demeure pas moins problématique à plusieurs égards. Elle confère tout d'abord une trop grande liberté d'appréciation aux commanditaires²⁰¹, en particulier lorsqu'ils planifient la mise au concours des prestations de transport. Sous l'impulsion du Parlement qui souhaitait notamment préserver les entreprises de transport déjà bien implantées et ainsi sauvegarder des emplois, les commanditaires doivent dans ce cadre tenir compte des exigences et des besoins locaux et régionaux²⁰². Cela peut les conduire à renoncer à mettre en soumission une prestation de transport au concours au moment de la planifier, par exemple si le changement d'entreprise risquerait d'engendrer des pertes d'emplois²⁰³, sans qu'une voie de recours ne soit ouverte à l'encontre de ce choix²⁰⁴. Il existe au demeurant de très nombreuses exceptions à l'obligation de procéder à une mise au concours ; on pense

¹⁹⁶ Art. 31c al. 1 LTV ; HERRMANN/KÖNIG, N. 86.

¹⁹⁷ KERN, p. 1825.

¹⁹⁸ HERRMANN/KÖNIG, N. 92.

¹⁹⁹ Dans ce sens : HERRMANN/KÖNIG, N. 87.

²⁰⁰ A ce propos, voir : KERN, p. 1825.

²⁰¹ KERN, p. 1825 s.

²⁰² HERRMANN/KÖNIG, N. 95.

²⁰³ HERRMANN/KÖNIG, N. 89.

²⁰⁴ HERRMANN/KÖNIG, N. 91.

ici en particulier au cas où une convention d'objectifs aurait été conclue et que l'entreprise les a atteints²⁰⁵. Il faut rappeler que ces exceptions sont pour la plupart l'œuvre du Parlement, qui a en quelque sorte vidé la loi de sa substance²⁰⁶. Enfin, certaines dispositions, en particulier celles visant à protéger les emplois²⁰⁷, entravent une saine concurrence entre les entreprises de transport.

En définitive, il existe aujourd'hui une sorte de dichotomie entre l'objectif visant à favoriser la concurrence dans le domaine du transport régional de voyageurs et la volonté de l'atteindre²⁰⁸. L'ouverture du marché du transport régional de voyageurs n'a ainsi que peu progressé²⁰⁹. La doctrine suggère plusieurs pistes pour y remédier²¹⁰. Au-delà de ces propositions, une révision législative sera tôt ou tard nécessaire. Le Conseil fédéral a du reste récemment mis en consultation deux variantes visant à simplifier la loi sur le transport régional de voyageurs, en proposant de simplifier la procédure et de la rendre plus contraignante et efficace²¹¹.

L'une, intitulée « Optimisation », prévoit que la Confédération et les cantons continuent à commander et à financer conjointement les offres de bus et de train alors que l'autre, dite de « Séparation partielle » propose que l'offre de bus soit commandée par les seuls cantons à l'avenir²¹². La première, qui n'entraîne aucun désengagement fédéral, a la préférence des cantons alors que la seconde est privilégiée par le Conseil fédéral²¹³. Quoi qu'il en soit, l'une comme l'autre suscitent déjà des craintes de certains acteurs, pour qui cette nouvelle réforme pourrait se traduire par un transfert massif du rail à la route²¹⁴.

²⁰⁵ Art. 32 al. 2 lit. a LTV. À ce propos, voir *supra* ch. II/B/2.

²⁰⁶ HERRMANN/KÖNIG, N. 95.

²⁰⁷ Art. 32/ al. 3 et – dans une moindre mesure – art. 32d al. 1 lit. b LTV.

²⁰⁸ KERN, p. 1826.

²⁰⁹ HERRMANN/KÖNIG, N. 96.

²¹⁰ Voir les différentes propositions suggérées par HERRMANN/KÖNIG, N. 102 ss.

²¹¹ Communiqué de presse de l'OFT du 17 avril 2019, disponible sur le site internet de l'Office : <https://www.bav.admin.ch/bav/fr/home/actualites/communiques-de-presse.msg-id-74715.html>. L'une comme l'autre impliquera des modifications de la procédure de mise au concours des prestations de transport commandées. À ce propos, voir le rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation de la réforme du transport régional de voyageurs, not. p. 29 s. (pour la variante « Séparation partielle ») et p. 32 s. (pour la variante « Optimisation »), disponible à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56580.pdf>.

²¹² Communiqué de presse de l'OFT du 17 avril 2019.

²¹³ « Le trafic régional reposera sur de nouvelles bases » (Le Temps du 17 avril 2019, disponible sous : <https://www.letemps.ch/suisse/trafic-regional-reposera-nouvelles-bases>).

²¹⁴ « Le trafic régional reposera sur de nouvelles bases » (Le Temps du 17 avril 2019) ; édité : Pour le climat, protégeons le tortillard (*Le Temps* du 17 avril 2019, disponible sous : <https://www.letemps.ch/suisse/climat-protégeons-tortillard>).

De retour d'une excursion à la Grande-Dixence²¹⁵, au lac de Saint-Léonard²¹⁶ ou à Derborence²¹⁷, le Professeur POLTIER aura trouvé, au travers de cette contribution, quelques bribes de réponses aux interrogations qui le taraudaient sur le chemin le menant dans le Vieux-Pays. Des réponses qui susciteront sans doute en son esprit intarissable de nouvelles questions...

Bibliographie

- AUBRY GIRARDIN Florence, Commentaire de l'art. 83 LTF, in : CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014.
- BOULAZ David, *La protection du paysage – étude de droit fédéral et vaudois*, Berne 2017.
- COMCO, Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG, *RPW* 2018/4, p. 719-722.
- HERRMANN Regula / KÖNIG Peter, Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb ?, in : Zufferey/Beyeler/Scherler (édit.), *Marchés publics 2016*, Zürich/Basel/Genf 2016.
- HEPP Marcel / STRÜCKELBERGER Ueli, Die Konzession im Strassenverkehr, in : René Schaffhauser (édit.), *Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2011*, Bern 2011.
- KERN Markus / KÖNIG Peter, Verkehr : Öffentlicher Verkehr, in : Biaggini/Häner/Saxer/Schott (édit.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015.
- KERN Markus, Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen : Die Vergabe von Transport-leistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und der Schweiz, *PJA* 2013 p. 1806-1826.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., Berne 2012.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011.
- POLTIER Etienne, *La mobilité urbaine : rapport pour la Suisse*, Bruxelles (à paraître).
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- POLTIER Etienne, *Énergie – Transports – Logement*, Lausanne 1983.
- STÖCKLI Hubert / BEYELER Martin, Vergaberecht 2014 : neue Themen, neue Urteile, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zürich/Basel/Genf 2014.
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Zürich 2018.
- ZELLWEGER Tobias, Les transports d'agglomération, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Les agglomérations*, Genève/Zurich/Bâle 2015.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, Les nouveautés en « régulation » des marchés publics et les tendances, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zürich/Basel/Genf 2014.

²¹⁵ Ligne 12.372, exploitée par Theytaz Excursions SA.

²¹⁶ Ligne 12.411, exploitée par les Cars Ballestraz SA.

²¹⁷ Ligne 12.332, exploitée par CarPostal Suisse SA.

Réseaux de chaleur et marchés publics

Sommaire

	Page
Introduction	529
I. Le développement des réseaux de chaleur	530
II. Les arrêts La Tour-de-Peilz	535
III. Raccordement des réseaux au droit des marchés publics	539
A. Droit des marchés publics	539
B. Loi sur le marché intérieur	543
Conclusion	546
Bibliographie	547

Introduction

Énergie et marchés publics sont deux des domaines que notre collègue, ami et Professeur Etienne POLTIER a explorés, analysés, décortiqués, explicités avec minutie lors de son parcours universitaire, que ce soit dans ses ouvrages, dans ses cours ou lors de discussions que nous avons eu le plaisir de partager avec lui. Qu'il nous soit permis ici de les marier, en quelques pages, pour lui rendre hommage, en raccordant les réseaux de chaleur au droit des marchés publics.

« Réseaux de chaleur », « chauffage à distance », « réseau de chauffage à distance » ou encore « chauffage urbain » sont des termes généralement employés de manière interchangeable¹ : tous désignent un système de production de chaleur centralisée. Il faut entendre par là que l'exploitation ou la production de chaleur est réalisée par une installation d'envergure qui permet de fournir en énergie thermique de nombreux consommateurs, parfois la totalité d'un quartier voire d'une ville. Nous l'opposons à un approvi-

* Professeure à l'Université de Neuchâtel.

** Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel.

¹ « Réseau de chauffage à distance » est le terme principalement employé dans les législations cantonales sur l'énergie, p. ex. art. 24 ss LVL^{En} ; art. 14 LCEn-GE ; art. 9 LCEn-FR ; art. 20 ss LCEn-NE.

sionnement décentralisé, qui reste actuellement le système dominant, et qui repose quant à lui sur une multiplication des installations individuelles dispersées sur l'ensemble du territoire.

A l'ère de la transition énergétique et de la recherche de solutions durables, l'intérêt pour les réseaux de chaleur ne cesse de croître. Nous nous proposons avec ces lignes de présenter le développement de ces réseaux (I) et d'identifier quelques-uns de leurs points de contact avec le droit des marchés publics (III), à la lumière de deux arrêts cantonaux concernant un projet innovant de réseau de chaleur alimenté par l'eau du lac Léman à La Tour-de-Peilz (II).

I. Le développement des réseaux de chaleur

Premières traces. – Dès le XIV^e siècle, la ville de Chaudes-Aigues en France a accueilli un système d'approvisionnement en chaleur que nous pourrions aujourd'hui assimiler à un réseau de chaleur². Cette première réalisation résultait avant tout d'un heureux concours de circonstances ; en effet, la ville disposait d'une source géothermale et d'anciens canaux romains sillonnaient la ville. L'eau chaude pouvait être acheminée via ces canaux pour ensuite être stockée sous une dalle au rez-de-chaussée des habitations afin de fournir les habitants en énergie thermique³. Heureux concours de circonstances, car, à cette époque, le procédé n'était de loin pas reproductible en tout lieu, ce qui explique en partie le faible développement des réseaux de chaleur à cette époque, en tous les cas pour les villes dépourvues de sources de chaleur exploitable⁴.

A la Révolution industrielle. – Ce sont les innovations technologiques de la fin du XIX^e siècle, notamment le recours à des chaudières pour la production de chaleur, qui ont permis le réel développement des réseaux de chaleur. En effet, en passant d'un système qui exploite de la chaleur à un système qui en produit, il a été possible de s'affranchir des contraintes liées au lieu et de faire de ce type d'approvisionnement une solution techniquement réalisable partout⁵.

Initialement développés aux États-Unis, des projets de réseaux de chaleur ont commencé à voir le jour en Europe à l'aube du XX^e siècle, à Dresde dès 1900, suivis par de nombreuses villes à l'instar de Paris, Berlin et Copenhague⁶. Toutefois, contrairement aux

² FREDERIKSEN/WERNER, p. 541 ; WERNER, p. 619 ; QUIQUEREZ, p. 25.

³ FREDERIKSEN/WERNER, p. 541 ; QUIQUEREZ, p. 25.

⁴ MEYSTRE, p. 239 ; QUIQUEREZ, p. 25-26.

⁵ WERNER, p. 618-619. Initialement développé à Lockport, d'autres villes américaines tels que Denver et New York ont rapidement repris le procédé : QUIQUEREZ, p. 26 ; SUISSEÉNERGIE, p. 10.

⁶ FREDERIKSEN/WERNER, p. 541-542 ; QUIQUEREZ, p. 26.

infrastructures développées aux États-Unis qui recouraient majoritairement au charbon pour la production de chaleur, les européens ont rapidement pris conscience du potentiel lié à l'exploitation de la chaleur résiduelle, également appelée chaleur fatale, chaleur dérivée, ou encore rejets de chaleur.

Débuts en Suisse. – Dès 1926, quelques années après les grandes villes européennes, les premiers chantiers visant la création de réseaux de chaleur en Suisse ont été initiés, à Zurich, Lausanne et la Chaux-de-Fonds, notamment⁷. Comme ailleurs en Europe, ces réseaux étaient majoritairement alimentés par le biais de chaleur résiduelle. Par exemple, le réseau zurichois était principalement alimenté par les rejets de chaleur de l'usine d'incinération des déchets. L'installation chaux-de-fonnière récupérait quant à elle la chaleur générée dans le cadre des activités de l'usine électrique des services industriels de la ville⁸.

L'intention première pour la création de ces réseaux ne résidait pas dans la volonté de s'affranchir de la dépendance vis-à-vis des carburants et combustibles ou de leurs prix sur les marchés internationaux. La production ou l'exploitation de chaleur centralisée permettaient au premier chef de freiner le recours aux chaudières individuelles, et de ce fait de réduire les risques d'explosion et d'incendie dans les centres urbains⁹. La poursuite d'un objectif de police explique la coexistence de réseaux alimentés par des énergies fossiles et de réseaux alimentés par des rejets de chaleur mais elle révèle également pourquoi les impulsions en faveur de ces installations résultaient avant tout de démarches entreprises par les collectivités publiques¹⁰.

Dès 1973, tandis que le prix des produits pétroliers montait en flèche, les économies d'échelles permises par la mise en place de systèmes d'approvisionnement en chaleur centralisés ont commencé à susciter l'intérêt chez les consommateurs, d'une part, qui y voyaient une alternative aux chaudières individuelles, et chez les producteurs d'énergie, d'autre part, qui y voyaient une diversification de leurs sources de revenus. Ainsi, une dimension économique est venue progressivement s'immiscer dans le raisonnement relatif à la mise en place de réseaux de chaleur. À cette dimension économique s'est ajoutée la dimension environnementale et écologique, qui a émergé dès la fin des années 1970 et qui pèse aujourd'hui de tout son poids. Dans un panorama énergétique en voie de reconfiguration et en adéquation avec le principe du développement durable, de par leur capacité à intégrer à large échelle des énergies renouvelables – rejets de chaleur compris

⁷ QUIQUEREZ, p. 42 ; COMMUNE DE LA CHAUX-DE-FONDS, Rapport 1926, p. 182.

⁸ QUIQUEREZ, p. 42 ; COMMUNE DE LA CHAUX-DE-FONDS, Procès-verbaux du Conseil général de la Chaux-de-Fonds 1924-1927 (1925), p. 491.

⁹ FREDERIKSEN/WERNER, p. 541 ; COMMUNE DE LA CHAUX-DE-FONDS, Procès-verbaux du Conseil général de la Chaux-de-Fonds 1924-1927 (1925), p. 493.

¹⁰ FREDERIKSEN/WERNER, p. 18, 541-542.

– les réseaux de chaleur apparaissent comme une alternative attrayante permettant de renoncer aux chaudières individuelles principalement alimentées aux énergies fossiles¹¹.

État des lieux et perspectives. – La Suisse compte actuellement plus de 150 réseaux de chaleur et ce chiffre ne cesse de croître d'année en année. En guise d'illustration, Groupe E, actif dans les cantons de Fribourg, Neuchâtel et Vaud compte chaque année sur 200 nouveaux raccordements, respectivement sur une extension de ses réseaux d'une trentaine de kilomètres¹² ; cette société exploite déjà une trentaine de réseaux et une dizaine sont actuellement en projet¹³. Ainsi, ce n'est pas uniquement le nombre de réseaux qui augmente mais c'est également la puissance souscrite et l'étendue des réseaux existants. Dans la mesure où l'ensemble des usines d'incinération des déchets en Suisse produisent de l'énergie thermique¹⁴, le potentiel de développement, au-delà d'une amélioration de la performance de ces installations, se trouve par conséquent ailleurs. L'on pense en particulier à l'exploitation des rejets de chaleur de l'environnement et de l'industrie mais également à la mise en place de chaudières collectives alimentées aux énergies renouvelables, favorisant *de facto* une économie de proximité¹⁵. L'ensemble des circonstances et des intérêts soulevés ci-avant laissent à entendre que les réseaux de chaleur se présentent aujourd'hui non plus comme un moyen visant la réalisation d'un objectif de police mais qu'ils permettent la concrétisation d'objectifs économiques, énergétiques, environnementaux voire sociétaux, de sorte qu'il n'est plus possible aujourd'hui de parler de la seule impulsion des collectivités publiques mais au contraire qu'il convient de parler *des* impulsions en faveur de la création de réseaux de chaleur.

Lausanne. – La Ville de Lausanne a été l'une des pionnières dans le développement des réseaux de chaleur en Suisse¹⁶. Le processus en ce sens a débuté en 1933 alors qu'il devenait nécessaire d'améliorer les installations turboélectriques de la ville, à l'usine de Pierre-de-Plan¹⁷. À cette date, il était impératif de procéder au renouvellement de la chaudière pour lequel d'importants fonds devaient être mobilisés. Afin d'optimiser les investissements, une approche globale a rapidement été envisagée et en cela la proximité d'un grand consommateur de calories, à savoir l'établissement hospitalier de l'État de

¹¹ Constat toujours actuelle dans la mesure où actuellement, en additionnant la part du mazout à celle du gaz, ce n'est pas moins de 70 % de l'approvisionnement en chaleur dans notre pays qui repose sur l'exploitation d'énergies fossiles : OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE, p. 85-86.

¹² GROUPE E CELSIUS, p. 2.

¹³ GROUPE E, Site internet du Groupe E, <https://www.groupe-e.ch/fr/node/908> (consulté le 16 mai 2019).

¹⁴ Lorsqu'elles ne produisent pas de l'électricité.

¹⁵ En ce sens, KNÜSEL, p. 2 ; pour les avantages économiques du recours aux énergies renouvelables, voir notamment AEE, p. 8-9.

¹⁶ VILLE DE LAUSANNE, Site internet de la Ville de Lausanne, <http://www.lausanne.ch/thematiques/services-industriels/les-sil/production/chauffage-a-distance.html> (consulté le 16 mai 2019).

¹⁷ MEYSTRE, p. 245.

Vaud – devenu par la suite le centre universitaire hospitalier vaudois (CHUV) – a été un élément déterminant. La transformation de ladite usine en 1934 représente la première pierre à l'édifice du réseau de chauffage à distance dans la Ville de Lausanne¹⁸.

Depuis lors, la Ville n'a cessé d'investir pour étendre son réseau qui aujourd'hui alimente plus de 1380 bâtiments sur un réseau de plus de 110 kilomètres¹⁹. De sorte qu'après Zurich et Bâle, le réseau lausannois représente – avec celui de Genève – l'un des plus grands réseaux de chaleur du pays. En 2006, avec la mise en service de la nouvelle usine d'incinération des déchets, Tridel, le chauffage à distance de Lausanne a passé un nouveau cap en renversant la part du gaz naturel avec celle de l'énergie de récupération produite par Tridel. En effet, avant 2006, le gaz naturel comptait pour plus de 65 % dans l'alimentation du réseau tandis qu'aujourd'hui près de 60 % provient de la valorisation thermique des ordures ménagères, le surplus continuant à provenir principalement de l'exploitation du gaz naturel et de manière marginale du mazout et de l'incinération des boues d'épuration²⁰. La dernière extension d'envergure date quant à elle de 2015 avec l'inauguration d'une nouvelle chaufferie dans le quartier des Bossons²¹. Équipée de chaudières bicom bustibles, gaz et mazout, cette nouvelle installation a permis d'assurer la fourniture de chaleur dans la zone²². Nous constatons ici que le défi en termes d'intégration d'énergies renouvelables dans l'approvisionnement en chaleur se cristallise d'autant plus dans le cadre de projets d'extension des réseaux existants.

Lausanne présente une caractéristique que l'on ne retrouve pas partout ailleurs ; en effet et ce depuis le départ la Ville a gardé la maîtrise sur l'ensemble de la chaîne énergétique, de la production jusqu'à la distribution au travers de l'activité de ses services industriels, qui sont partie intégrante de l'administration communale. Partant, elle gère directement les projets d'infrastructures énergétiques. À ce titre, l'extension du réseau de chauffage à distance représente un objectif phare poursuivi par la Municipalité²³. Actuellement, le Programme de législation entend favoriser pour son alimentation le recours au bois-

¹⁸ MEYSTRE, p. 245 ; VILLE DE LAUSANNE, Site internet de la Ville de Lausanne, <http://www.lausanne.ch/thematiques/services-industriels/les-sil/production/chauffage-a-distance.html> (consulté le 16 mai 2019).

¹⁹ VILLE DE LAUSANNE, Site internet de la Ville de Lausanne, <http://www.lausanne.ch/thematiques/services-industriels/les-sil/production/chauffage-a-distance.html> (consulté le 16 mai 2019).

²⁰ SERVICES INDUSTRIELS LAUSANNOIS, Stratégie de développement du chauffage à distance à Lausanne – Réponse aux motions de MM. Bébous et Perrin et de M. Perrin, Lausanne 2007, p. 3.

²¹ VILLE DE LAUSANNE, Site internet de la Ville de Lausanne, http://www.lausanne.ch/agenda-actualites/actualites/actualites-municipales.html?actu_id=33210 (consulté le 23.05.2019).

²² SERVICE INDUSTRIEL LAUSANNOIS, Construction d'une chaufferie au chemin des Bossons pour le développement du réseau de chauffage à distance – Préavis n° 2012/44 du 11 octobre 2012, p. 1-2.

²³ MUNICIPALITÉ DE LAUSANNE, p. 15.

énergie et à la géothermie ainsi que l'exploitation des rejets de la station d'épuration pour atteindre à terme une énergie thermique majoritairement renouvelable²⁴.

Contrairement à ce qui prévaut dans le chef-lieu vaudois, toutes des communes du canton ne détiennent pas au sein de leur administration des services chargés de l'approvisionnement en énergie de sorte que les réseaux de chaleur ne sont pas toujours directement en mains des collectivités publiques. Les réseaux de chaleur peuvent aussi bien être détenus par des entités distinctes de l'administration, sous forme d'entités publiques, dans la lignée des services industriels communaux d'antan, ou alors être détenus par des entités privées, contrôlées ou non par des collectivités publiques. L'on peut voir par conséquent apparaître des sociétés concurrentes actives dans l'approvisionnement en énergie sur un même territoire.

La Tour-de-Peilz. – Le réseau de chaleur mis en place à La Tour-de-Peilz présente un double intérêt. D'une part, il se distingue des réseaux mentionnés jusqu'à présent sur le plan technique ; d'autre part, ce réseau illustre le phénomène qui va aller croissant de distinction entre le territoire de la collectivité publique concernée et l'entité exploitant le réseau de chaleur. Ainsi, pour ce réseau, l'origine de la chaleur se situe à 500 mètres des rives et à 70 mètres de profondeur, à savoir dans les eaux du lac Léman, une fois captée, elle passe à travers une pompe à chaleur à haute performance, installée chez le consommateur²⁵. À terme, ce ne seront pas moins de 300 bâtiments qui pourront se raccorder à ce système, équivalant à la consommation annuelle de 3 000 ménages ; à plein potentiel, il est pressenti pour être l'un des plus grands réseaux en Europe conçus à l'aide de cette technologie²⁶.

Sur le plan territorial et institutionnel, ce réseau a été élaboré en terre vaudoise par Groupe E, société anonyme fribourgeoise ayant succédé aux Entreprises Électriques Fribourgeoises (EEF). Dans le domaine de l'énergie, on voit ainsi apparaître un décalage entre la territorialité d'un projet, incarné par les autorités communales, et les acteurs qui le portent, respectivement le réalisent et l'exploitent, qu'il s'agisse d'entreprises privées ou d'entreprises publiques autonomisées et déployant une activité commerciale. Ce phénomène s'explique par le fait que lorsqu'il s'agit de développer des technologies ou des projets innovants, les collectivités publiques ne sont pas toujours dotées des moyens leur permettant de réaliser ce type de projets ; font exception des villes comme Lausanne. Dans ce contexte, la question du décalage territorial et institutionnel se double d'un enjeu sous l'angle du droit des marchés publics.

²⁴ MUNICIPALITÉ DE LAUSANNE, p. 15.

²⁵ VOYAME, p. 58-59 ; GROUPE E, Site internet du Groupe E, <https://www.groupe-e.ch/fr/node/908> (consulté le 16 mai 2019).

²⁶ VOYAME, p. 60 ; GROUPE E, Site internet du Groupe E, <https://www.groupe-e.ch/fr/node/908> (consulté le 16 mai 2019).

C'est justement ce projet qui a conduit les tribunaux cantonaux vaudois et fribourgeois à se prononcer sur la question du point de contact entre réseaux de chaleur et droit des marchés publics. Ces deux arrêts vont nous servir de grille de lecture dans cette contribution.

II. Les arrêts La Tour-de-Peilz

État de fait. – Au début des années 2010, Groupe E, société anonyme de droit privé dont l'actionnaire majoritaire est le canton de Fribourg, a élaboré un projet de réseau de chaleur à partir des eaux du Lac Léman, d'entente avec un propriétaire foncier qui développait un quartier d'immeubles. Selon les études réalisées par Groupe E, afin de garantir la viabilité économique du réseau, il était nécessaire de l'étendre à l'ensemble du territoire communal.

Les autorités communales ainsi que des représentants du Service cantonal de l'environnement et de l'énergie ont donc été associés au projet et il a été convenu que Groupe E prendrait à sa charge la réalisation, la maintenance et la production de chaleur à son compte, sous forme de *contracting*, le tracé du réseau ayant par ailleurs été avalisé par les parties au projet. Le réseau est constitué d'un réseau primaire principal sur le territoire communal, auquel sont reliés des raccordements secondaires, réalisés à futur en fonction des contrats signés par Groupe E avec d'autres propriétaires. Le projet initial prévoyait d'alimenter non seulement les immeubles à bâtir par le propriétaire mais également des bâtiments communaux et le Gymnase cantonal de Burier. Groupe E a alors conclu deux contrats de fourniture de chaleur, l'un avec le propriétaire et l'autre avec la commune.

Au début de l'année 2012, le projet a été mis à l'enquête publique pour, notamment, la réalisation d'une station de pompage dans le lac, d'une station de distribution implantée sur le domaine public ainsi que la réalisation du circuit de distribution.

En septembre 2012, Groupe E a adjugé les travaux pour la pose des conduites du réseau primaire principal à une entreprise B. SA, pour un montant supérieur à CHF 2 millions. En octobre 2012, ayant incidemment appris l'existence du marché, A. SA a saisi tant le Tribunal cantonal vaudois que le Tribunal cantonal fribourgeois de deux recours contre l'attribution de gré à gré à B. SA, en invoquant qu'une procédure ouverte ou sélective aurait dû être appliquée.

En février 2013, la commune et Groupe E ont obtenu des autorités cantonales vaudoises les autorisations spéciales nécessaires au projet²⁷.

L'arrêt du Tribunal cantonal vaudois. – Le 28 mars 2013, le Tribunal cantonal vaudois a déclaré irrecevable le recours formé par A. SA.

Le Tribunal cantonal a tout d'abord relevé que si la procédure d'attribution des travaux à B. SA devait être qualifiée de marché public alors conformément à l'article 12 al. 1 let. a et b de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)²⁸, la valeur de ceux-ci aurait nécessité l'emploi d'une procédure ouverte ou sélective²⁹.

Il a ensuite retenu que Groupe E, dans la mesure où il s'agit d'une société commerciale et où elle a son siège à Fribourg, n'est pas visée par l'énumération de l'article 1 al. 1 let. b de la loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD)³⁰, qui comprend les « des autres collectivités, notamment les caisses de pension, assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel », mais qu'elle pourrait bien faire partie des « entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications » conformément à l'article 8 al. 1 let. c AIMP, dans le canton de Fribourg³¹. Restait donc à savoir si la commune de la Tour-de-Peilz, envers qui Groupe E s'était engagée à fournir de la chaleur pour ses bâtiments communaux, devait être considérée comme autorité adjudicatrice³².

S'agissant du marché, le Tribunal cantonal a retenu que le champ d'application de l'Accord sur les marchés publics (AMP)³³ ne doit pas être étendu aux entreprises publiques produisant et distribuant le chauffage à distance. Au demeurant, l'examen des dispositions en matière d'énergie, notamment les articles 89 de la Constitution fédérale (Cst.)³⁴, 9 de la Loi fédérale sur l'énergie (aLEne)³⁵, 56 de la Constitution vaudoise

²⁷ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), état de fait ; Arrêt 602 2012 123 du 24 octobre 2013 (Tribunal cantonal, Fribourg), état de fait. La présentation de l'état de fait est simplifiée pour les besoins de l'exposé.

²⁸ Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics, RSV 726.91.

²⁹ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4a.

³⁰ Loi cantonale vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996, RSV 726.01.

³¹ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4b.

³² MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4b.

³³ Accord sur les marchés publics, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996, RS 0.632.231.422.

³⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

³⁵ Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998, RO 1999 197, remplacée au premier janvier 2018 par la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016, RS 730.0.

(Cst.-VD)³⁶, ainsi que les articles 24 de la Loi vaudoise sur l'énergie (LVLEne)³⁷, qui prévoit que l'État et les communes encouragent les installations de chauffage à distance, notamment lors de l'élaboration de leurs plans en matière d'aménagement du territoire, et l'article 25 LVLEne, qui dispose que les propriétaires dont les bâtiments sont situés dans les limites d'un réseau de chauffage à distance alimenté principalement par des énergies renouvelables ou de récupération sont incités par les autorités publiques à s'y raccorder, ne permettent pas de considérer qu'il y ait un monopole de la fourniture du chauffage à distance sur le territoire communal, qui serait concédé à Groupe E par la commune. Tel est à tout le moins le cas à défaut d'obligation de raccordement imposée aux propriétaires. Cela étant, le Tribunal cantonal a laissée ouverte la question de savoir si le marché en cause était visé par l'article 8 al. 1 let. c, 2^e phrase, AIMP et a finalement considéré que la juridiction fribourgeoise était compétente pour trancher cette question³⁸.

Pour ce qui est des infrastructures, le Tribunal cantonal a retenu que la commune n'était pas intervenue comme maître de l'ouvrage pour les travaux s'y rapportant et que Groupe E n'apparaissait pas comme sa mandataire lorsqu'elle a attribué les travaux à l'entreprise A. SA³⁹.

Enfin, le Tribunal cantonal s'est interrogé sur la question de savoir si le fait de laisser l'utilisation du domaine public communal à Groupe E pour l'installation du réseau de chaleur constituait une opération soumise au droit des marchés publics. Se fondant tant sur la jurisprudence de l'époque⁴⁰ que sur la doctrine, elle a tranché cette question par la négative. Se référant brièvement à l'article 2 al. 7 de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)⁴¹ qui prévoit que « la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse », de même qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la soumission au droit des marchés publics de l'octroi de concessions munies de prestations annexes indissociables de celles-ci⁴², le Tribunal cantonal a retenu qu'en tout état la commune et Groupe E ne s'étaient pas entendues sur l'octroi d'une concession, de sorte que la question de la compatibilité du projet avec cette disposition du droit fédéral et la jurisprudence en matière de concessions soumises au droit des marchés publics était prématurée⁴³.

³⁶ Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231.

³⁷ Loi cantonale vaudoise sur l'énergie du 16 mai 2006, RSV 730.01.

³⁸ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4c/aa.

³⁹ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4c/bb.

⁴⁰ ATF 126 I 250, consid. 2d ; ATF 125 I 209, consid. 6b.

⁴¹ Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02.

⁴² ATF 135 II 49, consid. 4.

⁴³ MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 (Tribunal cantonal, Vaud), consid. 4c/cc.

L'arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois. – Le Tribunal cantonal fribourgeois est entré en matière sur le fond du litige une fois l'arrêt vaudois définitif et a statué le 24 octobre 2013 en rejetant le recours formé par A. SA.

Le Tribunal cantonal a tout d'abord examiné si Groupe E devait être considérée comme une entité adjudicatrice au sens de l'article 8 al. 1 let. c AIMP. Il a d'abord souligné que le fait que Groupe E soit majoritairement en mains publiques n'est pas un élément décisif et que seul entre en ligne de compte le fait que cette entreprise opère au moyen d'un droit exclusif ou particulier, d'une part, et qu'elle agisse dans le domaine de l'approvisionnement en énergie, d'autre part. S'agissant de la première condition, tout comme le Tribunal cantonal vaudois, le Tribunal cantonal fribourgeois a retenu que Groupe E ne disposait pas d'une concession fondée sur la législation vaudoise en matière d'énergie, et que la concession pour l'utilisation de l'eau du lac relevait des conditions-cadres mises en place par l'État pour favoriser les énergies renouvelables. S'agissant de la seconde condition, le Tribunal cantonal fribourgeois, suivant en cela le Tribunal cantonal vaudois qui avait laissé la question ouverte, a considéré que la notion de « domaine de l'approvisionnement en énergie » de l'article 8 al. 1 let. c AIMP ne concerne que l'énergie électrique, non le chauffage à distance. Groupe E n'était donc pas une autorité adjudicatrice soumise aux dispositions des accords internationaux au sens de l'article 8 al. 1 let. c AIMP⁴⁴.

Quant à savoir si Groupe E était assujettie en vertu de l'article 8 al. 2 AIMP qui désigne « les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel », le Tribunal cantonal fribourgeois a retenu que Groupe E ne vise pas à réaliser une tâche publique mais se comporte comme un acteur privé du secteur du chauffage à distance en construisant et exploitant un réseau sous sa propre responsabilité et à ses risques, en visant une opération bénéficiaire. Et le Tribunal cantonal de préciser qu'il importe peu que Groupe E puisse, à l'instar d'autres opérateurs privés actifs dans le domaine du chauffage à distance, bénéficier des conditions-cadres offertes par l'État de Vaud et la commune de la Tour-de-Peilz. Et de préciser en outre qu'il importe peu également qu'une fois une installation de chauffage à distance est construite, la place soit prise pour un éventuel concurrent dans la mesure où une telle conséquence est usuelle dans l'économie de marché où le premier présent est le premier servi ; l'avantage de fait lié à cette situation n'a pas pour effet de placer le bénéficiaire dans le rôle d'un adjudicateur public⁴⁵.

Le Tribunal cantonal a enfin souligné que les dispositions prises par la commune et le canton pour permettre la réalisation du projet de Groupe E n'ont pas pour effet d'éviter l'application des règles sur les marchés publics. En particulier, le fait que les communes

⁴⁴ Arrêt 602 2012 123 du 24 octobre 2013 (Tribunal cantonal, Fribourg), consid. 3-4.

⁴⁵ Arrêt 602 2012 123 du 24 octobre 2013 (Tribunal cantonal, Fribourg), consid. 5.

tolèrent le passage des conduites sur le domaine public n'est pas de nature à emporter l'application du droit des marchés publics. Pour ce qui est de la concession relative à l'utilisation de l'eau du lac, dans la mesure où la contreprestation qui lui est liée demeure dans les limites de l'usuel, le Tribunal cantonal fribourgeois est parvenu à la conclusion que les règles sur les marchés publics ne s'appliquent pas non plus⁴⁶.

III. Raccordement des réseaux au droit des marchés publics

Propos liminaires. – Les deux arrêts vaudois et fribourgeois ont été rendus en 2013. Depuis, un certain nombre d'arrêts de principe ont été rendus par le Tribunal fédéral, qu'il s'agisse, parmi d'autres, de l'ATF 142 II 369 qui définit ce que sont les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel au sens de l'AMP, de l'ATF 141 II 113 qui retient que Tridel SA, entreprise en mains de sociétés anonymes elles-mêmes en mains de communes est *a priori* un pouvoir adjudicateur dans l'exécution des obligations des communes en matière de protection de l'environnement, des ATF 145 II 32 et 144 II 184, qui énoncent avec précision les circonstances dans lesquelles l'octroi d'une concession doit être assimilée à la passation d'un marché public, ou encore l'ATF 143 II 120 qui énonce la portée de l'article 2 al. 7 LMI.

Nous avons de manière parfaitement subjective identifié deux questions qui pourraient être tranchées différemment de ce qu'ont retenu les juges vaudois et fribourgeois compte tenu de l'évolution de la jurisprudence. Nous nous sommes demandé, tout d'abord, si la réalisation d'un réseau de chaleur peut sans doute aucun continuer d'être considérée comme une activité à caractère commercial ou industriel (A.), et, ensuite, si la réalisation d'un réseau de chaleur peut être considérée comme emportant le transfert d'un monopole ou d'un droit exclusif au sens de l'article 2 al. 7 LMI (B.).

A. Droit des marchés publics

Application du droit des marchés publics. – Le droit des marchés publics s'applique lorsque l'État se procure auprès d'une entreprise privée à titre onéreux les moyens lui permettant de réaliser ses tâches publiques⁴⁷. En prévoyant une procédure particulière pour ce type de transactions, le législateur favorise la concurrence entre les différents

⁴⁶ Arrêt 602 2012 123 du 24 octobre 2013 (Tribunal cantonal, Fribourg), consid. 6.

⁴⁷ ATF 125 I 209, consid. 6b, voir également 141 II 113, consid. 1.2.1.

opérateurs du marché tout en s'assurant d'un emploi rationnel des deniers publics⁴⁸. Ainsi, c'est avant tout lorsqu'une collectivité publique intervient sur le marché en tant que demandeur que le droit des marchés publics a vocation à s'appliquer⁴⁹. Tel n'est en revanche pas le cas lorsqu'une collectivité publique se limite à autoriser une entreprise privée à exercer une activité ; alors le but de l'intervention étatique est avant tout régulateur⁵⁰. Par exemple, lorsqu'une commune octroie à un tiers le droit d'utiliser le domaine public sans que cela ne vise la réalisation d'une tâche publique, elle se trouve du côté de l'offre et à l'exception d'une redevance pour l'utilisation de son patrimoine, elle n'obtient rien à titre de contre-prestation.

Du point de vue de l'entité adjudicatrice. – Selon l'organisation de la collectivité publique en cause et de ses services industriels, la mise en place d'un réseau de chaleur peut potentiellement tomber sous le coup de différentes dispositions de l'AIMP : de l'article 8 al. 1 let. a AIMP relatif aux marchés des cantons, des communes et des autres collectivités de droit public cantonal ou communal dans la mesure où elles n'ont pas un caractère industriel ; de l'article 8 al. 1 let. c AIMP qui désigne les marchés des autorités et entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les secteurs, notamment l'énergie ; ou encore de l'article 8 al. 2 AIMP pour les marchés passés par les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel. Précisons, à propos de cette dernière disposition, que la doctrine s'accorde pour dire que cette disposition s'adresse aussi bien aux entités de droit public qu'aux entités de droit privé⁵¹.

Compte tenu des questions que nous avons choisi de discuter dans la présente contribution, l'on suivra les tribunaux vaudois et fribourgeois lorsqu'ils retiennent que l'article 8 al. 1 let. c AIMP n'est pas applicable dans la mesure où cette disposition ne vise pas le marché de la chaleur selon le droit européen, mais uniquement celui de l'électricité⁵². Reste donc à savoir si, en cas de réalisation d'un réseau de chaleur par une entité externe à l'administration, celle-ci doit être considérée comme assumant des tâches cantonales ou communales, d'une part, et si, indépendamment du caractère externe ou interne de l'entité en cause, l'on est en présence d'une tâche qui a ou n'a pas un caractère commercial ou industriel.

Est-ce que l'installation d'un réseau de chaleur est considéré comme une tâche cantonale ou communale ? – Cela revient à se demander plus largement si le pouvoir adjudicateur en cause agit dans le cadre de la réalisation d'une tâche publique. En droit des mar-

48 Voir notamment l'art. 1 al. 3 AIMP.

49 ATF 145 II 32, consid. 4.1 et les références citées.

50 ATF 144 II 184, consid. 2.2 et les références citées.

51 POLTIER, PJA 2008/9, p. 1117 et les références citées.

52 Voir Annexe 3 de l'AMP.

chés publics, le Tribunal fédéral accorde une portée très large à la notion de tâche publique⁵³. Ainsi, une tâche publique au sens du droit des marchés publics s'étend aux tâches publiques *stricto sensu* mais également aux activités étatiques d'intérêt public⁵⁴. En d'autres termes que l'activité en cause repose sur une base légale obligeant l'État à intervenir⁵⁵ ou qu'il s'agisse d'une démarche volontaire visant à promouvoir un intérêt public, le droit des marchés publics s'applique⁵⁶. Par exemple, dans le domaine de la mobilité, le simple fait qu'une commune fasse la promotion de la mobilité douce suffit à réaliser la condition de l'existence d'une activité relevant d'une tâche communale⁵⁷. C'est donc une notion large de tâche cantonale ou communale qui semble se dessiner maintenant.

Ainsi vu, il nous semble que la mise en place d'un réseau de chaleur, dans le canton de Vaud, répond à la notion de tâche cantonale, respectivement communale. En effet, les dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires, en particulier les articles 24 et 25 LVLEne, qui invitent les communes à encourager ce type d'installations, ancrent celles-ci dans la réalisation de l'intérêt public aux énergies renouvelables. De plus, la planification énergétique territoriale, récemment adoptée par le canton, met les instruments territoriaux au service de la mise en œuvre de la politique énergétique, renforçant ainsi le caractère de tâche de l'État.

Aussi, nous sommes d'avis que Groupe E devrait aujourd'hui être considérée comme participant à une activité relevant de la réalisation d'une tâche publique pour le compte de la commune. La première condition de la réalisation d'une tâche communale serait ainsi réalisée. Ladite condition doit en toute hypothèse être considérée comme remplie en cas d'obligation de raccordement au réseau des propriétaires fonciers, prévue par un plan d'affectation. En effet, l'obligation de raccordement, en tant qu'obligation portant atteinte à la garantie de la propriété, ne peut se justifier qu'en présence d'un intérêt public.

Absence de caractère commercial ou industriel ? – En revanche, est plus difficile à argumenter la question de savoir si, lorsqu'elle met en place un réseau de chaleur, la collectivité publique ou l'entité adjudicatrice agit hors caractère commercial ou industriel. En fait, cela revient à se poser la question de la soumission au droit des marchés publics pour les activités économiques de l'État ou les entités agissant dans le cadre large de la réalisation d'une tâche publique. Or, le raisonnement ne peut être qu'un raisonnement

⁵³ ATF 144 II 184.

⁵⁴ ATF 135 II 49, consid. 5.2.2 ; BRAHIER, p. 104 et les références citées.

⁵⁵ Voir en ce sens, ATF 141 II 113, consid. 1.2.2 ; ZUFFEREY/BODEVIN, p. 233.

⁵⁶ BRAHIER, p. 104 et les références citées.

⁵⁷ ATF 144 II 184.

circulaire dans la mesure où le Tribunal fédéral exige, pour les activités économiques de l'État, qu'elles reposent sur un intérêt public⁵⁸.

Néanmoins, l'arrêt portant sur la Caisse de pensions du canton d'Argovie apporte un éclairage intéressant, en particulier sur la signification à attribuer au caractère commercial et industriel d'une activité⁵⁹. Concernant le caractère commercial, le Tribunal fédéral retient que ce critère est rempli lorsque l'activité dont il est question s'exerce dans un rapport de concurrence avec des particuliers⁶⁰. Pour le consommateur, ce rapport implique qu'il se trouve en position pour choisir librement son partenaire en fonction de critères sélectionnés selon ses propres préférences. Dans un rapport de concurrence efficace, chacun des intervenants sur le marché est incité à conclure des contrats aux meilleures conditions afin de rester concurrentiel et, partant, les règles de l'économie de marché suffisent. En revanche, en l'absence de concurrence, nous pourrions dire que le droit des marchés publics vise à créer artificiellement cette incitation ; cela explique pourquoi la loi prévoit une exception à l'application de ces règles lorsque l'activité s'exerce dans un domaine concurrentiel⁶¹. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré, s'agissant de la Caisse de pensions du canton d'Argovie, que son secteur non-commercial de la caisse de pensions était plus important que son secteur commercial ; en effet, la caisse de pension bénéficiait de clients pouvant être considéré comme « captifs » puisque directement attribués par le droit cantonal.

Intégrant cet apport de la jurisprudence fédérale au raisonnement portant sur les réseaux de chaleur, il s'agit de distinguer s'il existe ou non une obligation de raccordement des consommateurs au réseau de chaleur. En effet, une telle obligation a une influence directe sur l'existence d'un marché concurrentiel dans le secteur.

Lorsque le droit cantonal prévoit la possibilité de contraindre les propriétaires à se raccorder à un réseau de chauffage à distance, comme c'est le cas dans le canton de Vaud⁶², et que la commune décide de jouir de cette faculté pour imposer le raccordement sur une portion de son territoire, dans le cadre de la planification d'un nouveau quartier par exemple, le raccordement d'une partie substantielle de la clientèle du réseau découle directement de l'obligation qui leur est faite. Dans ce cas, le secteur non-commercial doit à notre sens être considéré comme supplantant le secteur commercial et concurrentiel. En effet, en présence d'une obligation de raccordement, le gestionnaire du réseau n'intervient pas dans le cadre d'une activité soumise à concurrence puisque la clientèle lui est attribuée, immédiatement ou à terme, par la loi, respectivement le plan. À noter

⁵⁸ ATF 138 I 378, consid. 8.

⁵⁹ ATF 142 II 369, consid. 3.3.3, in JdT 2017 I, p. 55 ss.

⁶⁰ ATF 142 II 369, consid. 3.3.3.1.

⁶¹ ATF 142 II 369, consid. 3.3.3.1.

⁶² Art. 25 LVLEne.

que l'obligation de raccordement ne se limite pas aux nouveaux quartiers à proprement parler mais qu'elle peut tout à fait être envisagée dans des territoires déjà bâtis, denses ou à densifier, au gré par exemple du renouvellement des installations de chauffage existantes.

En l'absence d'obligation de raccordement, savoir si le gestionnaire de réseau intervient dans un marché ouvert à la concurrence est une question bien plus délicate. D'une part, l'on constate que le développement de ces réseaux est le fruit de démarches réalisées dans un but uniquement commercial par les entreprises en cause, dans un marché très concurrentiel, en tout cas lorsque celui-ci est à créer. Inversement, il faut relever que, compte tenu des contingences techniques liées au *ratio* minimal entre chaleur produite et consommateurs, l'installation d'un tel réseau préfigure souvent d'un marché fermé. En effet, une fois installé et développé dans un secteur, un réseau de chaleur ne laisse guère de place à d'autres formes de fourniture de chaleur centralisée, et, partant, à une concurrence dans le secteur, comme l'illustre d'ailleurs, par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral rendu à propos du réseau de chaleur développé autour des rejets produits par l'usine SATOM à Monthey, qui entrainait en conflit avec le réseau de chauffage au gaz dans un quartier⁶³.

Synthèse. – Savoir si la réalisation d'un réseau de chaleur constitue une tâche cantonale respectivement communale et si elle relève d'une activité à caractère commercial ou industriel mérite d'être discuté. Il s'agit dans ce contexte de tenir compte des normes et plans de la politique énergétique et territoriale, ainsi que de l'existence d'une obligation de se raccorder, tout en observant que la jurisprudence du Tribunal fédéral a une conception de plus en plus large de la notion de tâche publique, respectivement de plus en plus restreinte de l'activité de nature commerciale ou industrielle.

B. Loi sur le marché intérieur

La réalisation d'un réseau de chaleur consiste-t-elle dans le transfert d'un monopole ou d'un droit exclusif au sens de l'article 2 al. 7 LMI ? – Il s'agit de la deuxième question sur laquelle nous nous penchons. Elle se légitime par le fait que la réalisation d'un réseau de chaleur a, pour le moins de fait, pour effet de créer des droits qui s'avèrent réservés à l'exploitant du réseau. Or, dans les arrêts La Tour-de-Peilz, cette disposition n'a pas du tout été prise en considération, faute d'attribution formelle d'une concession à Groupe E. Aujourd'hui, il est acquis que l'absence d'une concession ne suffit pas à exclure l'application de l'article 2 al. 7 LMI⁶⁴. Il est néanmoins lieu de poser quelques considéra-

⁶³ TF 1C_441/2011 du 9 mars 2012.

⁶⁴ ATF 145 II 32, consid. 4.2.

tions relatives à la notion de monopole, d'une part, et à la question de l'acte emportant transfert de celui-ci, d'autre part.

L'article 2 al. 7 LMI. – Selon l'article 2 al. 7 LMI, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La jurisprudence a apporté un certain nombre de précisions très attendues quant à la frontière entre cette disposition et le droit des marchés publics, d'une part, et quant à sa portée, d'autre part. Ainsi, contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de « consommateur », acquiert auprès d'une entreprise privée, en contrepartie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques, l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle d'« offreur » ou de « vendeur », puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales⁶⁵. Pour ce qui est de la portée de l'article 2 al. 7 LMI, cette disposition impose, on le sait désormais depuis l'arrêt concernant l'affichage en Ville de Lausanne⁶⁶, que les collectivités publiques se soumettent à une procédure d'appel d'offres et qu'elles respectent l'interdiction de discriminer ainsi que la transparence⁶⁷. Ces obligations ne sont pas aussi prégnantes que celles qui découlent de l'application du droit des marchés publics car « il convient de tenir compte des spécificités propres à l'octroi d'une concession de monopole cantonal ou communal, en particulier de la plus grande liberté qui doit être laissée à la collectivité publique par rapport à la passation d'un marché public, lorsqu'elle choisit de céder un droit qui lui appartient, de nature commerciale et qui s'exerce sur le domaine public »⁶⁸.

Monopole et activité économique. – L'application de l'article 2 al. 7 LMI suppose l'existence d'un monopole cantonal ou communal. Il est admis de manière générale que la notion de « monopole » de la loi sur le marché intérieur est réservée à des activités de nature économique⁶⁹. Il ressort de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral que cette notion est comprise de manière très large. En effet, le Tribunal fédéral a récemment considéré que la gestion de théâtres « revêt une certaine composante économique », alors même qu'il constatait que ces établissements sont directement affectés à la réalisation de tâches publiques compte tenu de la politique culturelle menée en ville de Genève⁷⁰.

⁶⁵ TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, c. 6.4.1, destiné à la publication, et les références.

⁶⁶ ATF 143 II 120.

⁶⁷ ATF 143 II 120, consid. 6.4.1-6.4.2.

⁶⁸ ATF 143 II 120, consid. 6.4.2.

⁶⁹ TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, consid. 6.1.1, destiné à la publication.

⁷⁰ TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, consid. 6.2, destiné à la publication.

L'exploitation d'un réseau de chaleur constitue à notre sens sans aucun doute une activité de nature économique qui est *a priori* susceptible de déclencher la mise en œuvre de l'article 2 al. 7 LMI. Que cette activité économique s'inscrive dans le cadre d'une politique publique favorisant les énergies renouvelables n'affecte pas le caractère économique de ladite activité ; tout au plus, la prépondérance de la présence de la collectivité publique dans l'opération, notamment par les moyens financiers qu'elle pourrait y affecter, serait le signe d'une opération complexe soumise au droit des marchés publics, comme cela a été jugé par le Tribunal fédéral dans les arrêts relatifs à la mise en place de systèmes de vélos en libre-service destiné à satisfaire la politique de mobilité douce et le transfert modal à Berne et Genève⁷¹.

Les projets relevant de l'initiative personnelle : une exclusion de la mise en œuvre de l'article 2 al. 7 LMI ? – Dans l'arrêt relatif à l'autorisation de réaliser un projet-pilote de géothermie profonde dans le canton du Jura, le Tribunal fédéral a tenu les propos suivants : « La jurisprudence mentionnée dans l'arrêt attaqué (arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 6.1) ne constitue dès lors pas un cas isolé ou un simple *obiter dictum* (comme le soutiennent les recourants en citant POLTIER/PIOTET, *op. cit.*, p. 478), mais reflète une pratique constante encore récemment confirmée. ». Ledit arrêt non publié retenait que lorsque le partenaire privé élabore un projet de sa propre initiative et ne s'adresse que par la suite à la collectivité publique afin d'obtenir les droits nécessaires à celui-ci, il n'est « pas évident » qu'il puisse y avoir de la place pour un appel d'offres⁷². On doit donc en déduire que les projets qui relèvent de l'initiative personnelle d'une entreprise, même s'ils emportent le transfert d'un monopole ou d'un droit exclusif, ne seraient pas soumis à l'obligation d'appel d'offres ni à l'interdiction de la discrimination consacrée par l'article 2 al. 7 LMI.

Cet arrêt nous laisse perplexes. En effet, pour justifier sa position, le Tribunal fédéral distingue selon que la collectivité publique intervient en tant qu'autorité de régulation, respectivement en tant qu'acqureur d'une prestation dans une opération qui met en jeu le transfert d'un droit ayant valeur pécuniaire pour l'accomplissement de tâches publiques ; or, ces critères sont ceux qui servent à déterminer si une opération est soumise ou n'est pas soumise au droit des marchés publics, non à notre avis ceux servant à définir si un appel d'offres au sens de l'article 2 al. 7 LMI doit être mis en place. Quant au fond, la solution retenue par le Tribunal fédéral revient en définitive à énoncer le principe du « premier arrivé, premier servi », ce qui va à l'encontre des buts de transparence et d'égalité poursuivis par l'article 2 al. 7 LMI. Les Professeurs POLTIER et PIOTET ont mis en lumière les difficultés qu'il y a à organiser une procédure d'appel d'offres dans une telle constellation, lorsqu'un projet naît d'une initiative privée et que les exigences de

⁷¹ ATF 144 II 177, consid. 1.3.4 et ATF 144 II 184, consid. 2.4.

⁷² TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6.2.

transparence doivent être conciliées avec la protection du secret commercial dû à l'entreprise initiatrice. Ils ont également identifié le risque de voir, dans de tels cas de figure, des procédures d'appel d'offres réalisées *pro forma*⁷³. Il n'en demeure pas moins, à notre avis, que ces écueils ou risques ne doivent pas avoir pour conséquence que les règles d'égalité que toute collectivité publique se doit de respecter et qu'un appel d'offres permet de concrétiser soient purement et simplement ignorées.

Synthèse. – L'exploitation d'un réseau de chaleur relève d'une activité économique et cette activité suppose, en tout état de cause, une sollicitation particulière du domaine public, consistant en la transmission d'un monopole ou d'un droit exclusif, ou en une opération analogue. En l'état de la jurisprudence, toutefois, l'obligation de procéder à un appel d'offres existe, respectivement n'a pas à être suivie, selon que le projet émane de l'initiative de la collectivité publique, respectivement d'une entreprise privée qui l'a au préalable sollicitée.

Conclusion

La mise en place et l'exploitation de réseaux de chaleur dans la perspective de disposer de solutions de chauffage décentralisées et durables font partie des mesures proposées et encouragées par le législateur dans le cadre de la mise en œuvre de la politique énergétique devant être menée par les collectivités publiques. La coordination avec le droit de l'aménagement du territoire va bon train et la planification énergétique territoriale prend de l'essor, conférant à ces infrastructures un caractère particulier au regard de la réalisation des tâches publiques.

En revanche, le raccordement de ces réseaux au droit des marchés publics et plus généralement à l'obligation de procéder à un appel d'offres afin de garantir transparence et égalité est encore aléatoire. En effet, les délimitations sont subtiles : la poursuite de tâches publiques peut se faire par le vecteur d'activités à caractère économique ou industriel, par ailleurs lucratives ; une activité concurrentielle pour les développeurs de réseaux peut mener à ce qu'un marché, une fois un secteur occupé ou étendu, se transforme en un marché fermé ; la reconnaissance du transfert d'un monopole ou d'un droit exclusif paraît être fonction du germe d'un projet, selon qu'il est né de l'impulsion d'une entreprise ou de la volonté politique de la collectivité publique. Ces problématiques ne sont pas propres aux réseaux de chaleur. Elles sont communes à bon nombre de projets en relation avec la transition énergétique, qui mettent en jeu à la fois la réalisation de tâches publiques et des solutions innovantes, issues de l'économie, pour y parvenir,

⁷³ POLTIER/PIOTET, p. 478-479.

auquel s'ajoute un enjeu territorial. Par ailleurs, ces problématiques demeurent d'une entière actualité, malgré l'adoption par les chambres fédérales, au temps de la rédaction de ces lignes, du droit des marchés publics révisé, qui précise et étend son champ d'application à la délégation de tâches publiques et à l'octroi de concessions emportant des droits exclusifs ou spéciaux. Et nous devons beaucoup à notre collègue, ami et Professeur, qui s'est penché bien avant le législateur et bien avant nous sur ces questions.

Bibliographie

- BELLANGER François, Marchés publics et concessions, in : Zufferey/Beyeler/Scherler (édit.), *Marchés publics 2012*, Zurich 2012, p. 167-203.
- BRAHIER Jean-Michel, Partenariat public-privé et concession de travaux : proposition de systématisation et réflexions sur la soumission au droit des marchés publics des partenariats publics-privés et des concessions de travaux, in : *Journées suisses du droit de la construction*, Fribourg 2017, p. 87-121.
- COMMUNE DE LA CHAUX-DE-FONDS, Rapport 1926, Chaux-de-Fonds 1926.
- COMMUNE DE LA CHAUX-DE-FONDS, Procès-verbaux du Conseil général de la Chaux-de-Fonds 1924-1927 (1925), Chaux-de-Fonds 1925.
- FREDRIKSEN Svend / WERNER Sven, *District Heating and Cooling*, Lund 2013.
- GROUPE E CELSIUS, *Le chauffage à distance – une solution d'avenir durable*, Granges-Paccot s.d.
- KNÜSEL Paul, Planification énergétique territoriale – coordonner approvisionnement en chaleur et développement communal, *Territoire & environnement* 3/2011, Berne 2011, p. 2-27.
- MEYSTRE P., Le chauffage à distance, *Bulletin technique de suisse romande* 22/1940, p. 238-240, 23/1940, p. 245, Lausanne 1940.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, Volume III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- MUNICIPALITÉ DE LAUSANNE, Programme de législature 2016-2021, Lausanne 2016.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), *Analyse des schweizerischen Energieverbrauchs 2000-2016 nach Verwendungszwecken*, Berne 2017.
- ORGANISATION FAITIÈRE DE L'ÉCONOMIE DES ÉNERGIES RENOUVELABLES ET DE L'EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE (AEE), La Suisse possède de la chaleur renouvelable et en a besoin, Berne 2014.
- POLTIER Etienne, Les pouvoirs adjudicateurs, *PJA* 2008/9, p. 1107-1123.
- POLTIER Etienne / PIOTET Denis, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *RDS* 134/2015, p. 449-492.
- QUIQUERET Loïc, *Décarbonner le système énergétique à l'aide des réseaux de chaleur : état des lieux et scénarios prospectifs pour le canton de Genève*, Genève 2017.
- SERVICES INDUSTRIELS LAUSANNOIS, Stratégie de développement du chauffage à distance à Lausanne – Réponse aux motions de MM. Bébous et Perrin et de M. Perrin, Lausanne 2007.

SERVICE INDUSTRIEL LAUSANNOIS, Construction d'une chaufferie au chemin des Bossons pour le développement du réseau de chauffage à distance – Préavis n° 2012/44 du 11 octobre 2012, Lausanne 2012.

SUISSEÉNERGIE, *Planungshandbuch Fernwärme*, Berne 2017.

VOYAME Vincent, Conduite de chauffage à distance pour le transport d'eau du lac Léman à la Tour-de-Peilz, *Aqua & Gas* 9/2017, p. 58-62.

WERNER Sven, International review of district heating and cooling, *Energy* vol. 137/2017, p. 617-631.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, Le champ d'application du droit des marchés publics – Mise en garde pour tous ceux qui projettent d'y échapper, in : Gauch *et al.* (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, p. 691-703.

ZUFFEREY Jean-Baptiste / BODEVIN Valérie, La « tâche publique » comme élément caractéristique du marché public, commentaire de l'arrêt ATA/112/2018, *DC* 1/2018, p. 232-235.

Die Quasi-in-house-Ausnahme

Inhalt	Seite
I. Einleitung	549
II. Quasi-in-house-Ausnahme im EU-Recht	551
A. Bisherige <i>Teckal</i> -Praxis des EuGH	551
1. Kontrollkriterium	553
2. Tätigkeitskriterium	555
B. Umsetzung in den EU-Vergaberichtlinien	556
III. Quasi-in-house-Ausnahme im Schweizer Recht	559
A. Umsetzung im revidierten BöB und E-IVöB	559
B. Anwendung und Auslegung	560
IV. Fazit	563
Literaturverzeichnis	564

I. Einleitung

Mit seinen Publikationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht hat Prof. Dr. Etienne POLTIER dieses Rechtsgebiet wesentlich mitgeprägt. Seine fundierten Analysen zeichnen sich unter anderem durch regelmässigen Einbezug rechtsvergleichender Überlegungen aus. An dieser rechtsvergleichenden Methodik schliesst auch die vorliegende Untersuchung der Quasi-in-house-Ausnahme gemäss dem revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen von 2019 (revBöB) an.¹

* Professor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Luzern.

** Dr. iur., M.A. HSG Law & Economics, ehem. wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht der Universität Luzern. Der vorliegende Aufsatz beruht teilweise auf der Untersuchung von LUDIN Martin, *Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre – Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2019 (im Erscheinen).

¹ BBl 2019 4505.

Das Gemeinwesen ist mit Blick auf die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben darauf angewiesen, privatwirtschaftliche Leistungen am Markt zu beschaffen. Die Verwaltung kauft etwa Sachmittel für den Eigengebrauch, vergibt Reinigungs- oder Beratungsaufträge oder lässt öffentliche Infrastrukturen durch private Baufirmen errichten. Der Staat tritt als einer der grössten Nachfrager am Markt auf. Damit er seine Nachfragemacht nicht zur Verwirklichung von politischen Interessen einsetzt, verlangt das öffentliche Beschaffungsrecht, dass umfangreiche öffentliche Aufträge im Rahmen von transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren vergeben werden. Das Beschaffungsrecht setzt einerseits die staatliche Wettbewerbsneutralität um und gewährleistet andererseits, dass die Auswahl der Leistungserbringer primär nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Motiven erfolgt. Weil der Staat selber keinerlei Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, soll der Wettbewerb über die Ausschreibung sichergestellt werden.²

Dem Staat ist es aber grundsätzlich freigestellt, die zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigten Vorleistungen selber zu erbringen. Bezieht eine öffentliche Auftraggeberin die benötigte Vorleistung «hausintern», d.h. innerhalb *derselben* juristischen Person bzw. Körperschaft, so gelangt das Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung (sog. **In-house-Ausnahme**).³ Diese Bereichsausnahme ist deshalb begründet, weil beim hausinternen Leistungsbezug kein Vertrag zwischen dem Staat und einer privaten Leistungserbringern zustande kommt und deshalb auch gar kein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts vorliegt.⁴ Sodann ist auch aus Sicht der staatlichen Wettbewerbsneutralität keine Ausschreibung des Auftrags geboten, da der Leistungsbezug innerhalb derselben staatlichen Einheit grundsätzlich zu keinerlei Wettbewerbsverzerrungen am Markt führt, jedenfalls solange diese nicht selbst als Anbieterin am Markt auftritt.⁵

In gewissen Fällen bezieht der Staat die Leistungen nicht «in-house», sondern bei einem ihm nahestehenden (öffentlichen oder privaten) Unternehmen. Auch in solchen Konstellationen gelangt das Beschaffungsrecht gestützt auf die **Quasi-in-house-Ausnahme**⁶

² WEKO, Empfehlung VRSG, RPW 2014/2, 442 Rz. 17; DIEBOLD, Vergaberecht, 2 f.; HOLOUBEK/FUCHS/HOLZINGER, 3; LUDIN, N 19; WITTEK, 54 spricht von der «Korrekturfunktion» des Vergaberechts.

³ Ausdrücklich geregelt in Annex 7 lit. B Ziff. 1 GPA 2012 u. Art. 10 Abs. 3 lit. c revBöB; detailliert zur In-house-Ausnahme BEYELER, Geltungsanspruch, N 1139 ff.; LUDIN, N 108 ff.

⁴ Anstatt vieler POLTIER, N 199.

⁵ DIEBOLD/LUDIN, N 101 m.w.H.; LUDIN, N 118 f.; vgl. auch POLTIER, N 199.

⁶ Die Bezeichnung in der Praxis ist nicht einheitlich. Ebenfalls «Quasi-in-house» verwendend z.B. ARROWSMITH, N 6-166 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, N 1222 ff.; EGGER, N 589; POLTIER, BR/DC 2014, 233; POLTIER, N 200 ff.; die deutsche Doktrin verwendet meist die Bezeichnung «In-house-Vergabe», wobei dieser Begriff sowohl In-house- wie auch Quasi-in-house-Geschäfte in vorliegend verwendeten Sinn umfasst. Teils wird dort das Quasi-in-house-Geschäft als «In-house-Geschäft im weiteren Sinn» bezeichnet (anstatt vieler SCHLEISSING, 20 f.).

unter gewissen Voraussetzungen nicht zur Anwendung. Obschon in diesem Fall ein Vertrag zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Leistungserbringerin zustande kommt, greift eine Bereichsausnahme, die im besonderen Näheverhältnis zwischen den beiden Akteuren begründet ist.⁷

Der vorliegende Beitrag untersucht, welche konkreten **Voraussetzungen** das EU-Vergaberecht und das neue Schweizer Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (revBöB) an dieses Näheverhältnis stellen, damit eine Direktvergabe des Auftrags zulässig ist. Bei der Quasi-in-house-Ausnahme handelt es sich um eine Schöpfung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 1999 (Abschnitt II.A).⁸ Mit der Revision der EU-Vergaberichtlinien im Jahr 2014 fand dieser bis anhin auf Richterrecht beruhende Ausnahmetatbestand Eingang in das Sekundärrecht der EU (Abschnitt II.B).⁹ Mit dem revidierten BöB wird die Quasi-in-house-Ausnahme nun ebenfalls ausdrücklich im Gesetz geregelt (Abschnitt III). Vor diesem Hintergrund geht dieser Beitrag der Frage nach, wie die im revidierten BöB verankerte Regelung (Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB) bzw. ihr voraussichtliches Pendant auf interkantonaler Ebene (Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB) im Verhältnis zum EU-Recht zu beurteilen und auszulegen ist.

II. Quasi-in-house-Ausnahme im EU-Recht

A. Bisherige *Teckal*-Praxis des EuGH

In Folge der Privatisierungen der 1980er und 1990er Jahre sind aus den vormals rein öffentlich-rechtlichen Körperschaften neue Einheiten mit variabler Staatsgebundenheit bzw. variablem Selbstständigkeitsgrad entstanden.¹⁰ Es ist naheliegend, dass der Staat gewisse Leistungen, die von den aus der Verwaltung ausgegliederten Einheiten angeboten werden, auch weiterhin bei diesen beziehen möchte. Diese Entwicklung führt aus Sicht des Beschaffungsrechts zu neuen Herausforderungen.¹¹ Insbesondere bei der sog.

⁷ DIEBOLD/LUDIN, N 105.

⁸ Grundlegend EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562, Rz. 50.

⁹ Art. 12 RL 2014/24/EU; Art. 28 RL 2014/25/EU (Sektoren) und Art. 17 RL 2014/23/EU (Konzession).

¹⁰ LUDIN, N 141; WITTEK, 19; die Entwicklung in der Schweiz vertiefend MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 14 ff. m.w.H.

¹¹ Beispielsweise wurde im Zuge dieser Entwicklung der Kreis der «öffentlichen Auftraggeberinnen» auch auf Akteure ausserhalb der eigentlichen Staatsorganisation ausgeweitet, vgl. LUDIN, N 69.

unechten Privatisierung¹² stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Beschaffung einer öffentlichen Auftraggeberin bei einer ehemals internen und zwischenzeitlich rechtlich selbstständigen Einheit wie ein klassisches In-house-Geschäft vom Beschaffungsrecht ausgenommen ist, oder ob der Auftrag nach Massgabe des Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden muss.¹³

Im Jahr 1999 stellte der EuGH in seinem Grundsatzentscheid *Teckal* klar, welche Voraussetzungen zu erfüllen sind, damit von einem «ausreichenden Näheverhältnis» zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Leistungserbringerin ausgegangen werden kann und eine Direktvergabe des Auftrags gerechtfertigt ist (sog. «*Teckal-Kriterien*»):¹⁴

- die öffentliche Auftraggeberin muss die Leistungserbringerin wie ihre eigenen Dienststellen kontrollieren (sog. «**Kontrollkriterium**»), und
- die Leistungserbringerin darf im Wesentlichen nur für die sie kontrollierende öffentliche Auftraggeberin tätig sein (sog. «**Tätigkeitskriterium**»).

Der EuGH hat die *Teckal*-Rechtsprechung in zahlreichen Folgeurteilen bestätigt und die beiden kumulativen Voraussetzungen schrittweise konkretisiert und weiterentwickelt.¹⁵

¹² Teils auch als formelle Privatisierung bezeichnet. Dabei wird ein öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform überführt, wobei die staatliche Aufgabenträgerschaft unverändert bleibt. Zu den unterschiedlichen Privatisierungsbegriffen anstatt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1867 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 105 ff.

¹³ KNAUFF, EuZW 2014, 486 spricht beim klassischen Quasi-in-house-Geschäft daher auch von einer «Folgeerscheinung formeller Privatisierungen»; vgl. auch das Beispiel der IBAarau AG von GUIGNARD, 36.

¹⁴ Grundlegend EuGH, Rs. C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562, Rz. 50.

¹⁵ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, ECLI:EU:C:2005:5, Rz. 49; EuGH, Rs. C-84/03, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:2005:14, Rz. 38; EuGH, Rs. C-231/03, *Coname*, ECLI:EU:C:2005:487, Rz. 24 ff.; EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, Rz. 58; EuGH, Rs. C-264/03, *Kommission gegen Frankreich*, ECLI:EU:C:2005:620, Rz. 50; EuGH, Rs. C-29/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2005:670, Rz. 34; EuGH, Rs. C-410/04, *ANAV*, ECLI:EU:C:2006:237, Rz. 24; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 33; EuGH, Rs. C-220/05, *Auroux*, ECLI:EU:C:2007:31, Rz. 63; EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, ECLI:EU:C:2007:227, Rz. 55; EuGH, Rs. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, ECLI:EU:C:2007:815, Rz. 58; EuGH, Rs. C-337/05, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2008:203, Rz. 36; EuGH, Rs. C-323/07, *Termoraggi*, ECLI:EU:C:2008:219, Rz. 18; EuGH, Rs. C-371/05, *Kommission/Italien (Comune di Mantova)*, ECLI:EU:C:2008:410, Rz. 22; EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ECLI:EU:C:2008:621, Rz. 26; EuGH, Rs. C-480/06, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:357, Rz. 34; EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 36; EuGH, Rs. C-196/08, *Acoset*, ECLI:EU:C:2009:628, Rz. 51; EuGH, Rs. C-215/09, *Mehiläinen und Terveystalo Healthcare*, ECLI:EU:C:2010:807, Rz. 32; EuGH, Rs. C-182/11 u. C-183/11, *Econord*, ECLI:EU:C:2012:758, Rz. 25; EuGH, Rs. C-197/11 und C-203/11, *Libert u.a.*, ECLI:EU:C:2013:288, Rz. 117; EuGH, Rs. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u.a.*, ECLI:EU:C:2012:817, Rz. 32;

Die Rechtsprechung des EuGH (sog. **Teckal-Praxis**) bringt zum Ausdruck, dass die entwickelten Voraussetzungen zur Quasi-in-house-Ausnahme die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch Direktvergaben der öffentlichen Aufträge bezwecken.¹⁶ Solche Wettbewerbsverzerrungen drohen etwa dann, wenn direktbeauftragte Leistungserbringer aufgrund der staatlichen Aufträge und der daraus gewonnenen Erträge einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihrer privaten Konkurrenz erlangen. Problematisch ist ferner, wenn Private an der leistungserbringenden Gesellschaft beteiligt sind und im Umfang ihrer Beteiligung an den Vorteilen der Direktbeauftragung partizipieren.¹⁷

1. Kontrollkriterium

Das Kontrollkriterium verlangt, dass die öffentliche Auftraggeberin eine Kontrolle über die Leistungserbringerin ausüben muss, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen ähnlich ist. Ob das **notwendige Kontrollmass** erreicht wird, ist gemäss EuGH im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu prüfen. Dabei sind «alle Rechtsvorschriften» und «massgebenden Umstände» zu berücksichtigen.¹⁸ Die an Einzelfällen orientierte Fortentwicklung des Kontrollkriteriums durch den EuGH hatte zur Folge, dass sich kein einheitliches Prüfschema etablieren konnte. Immerhin haben sich in der Praxis folgende drei Teilmerkmale des Kontrollkriteriums herauskristallisiert:¹⁹

EuGH, Rs. C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia u.a.*, ECLI:EU:C:2013:307, Rz. 33; EuGH, Rs. C-386/11, *Piepenbrock*, ECLI:EU:C:2013:385, Rz. 34; EuGH, Rs. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, ECLI:EU:C:2013:416, Rz. 41; EuGH, Rs. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, ECLI:EU:C:2014:303, Rz. 25; EuGH, Rs. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH*, ECLI:EU:C:2014:2004, Rz. 32 ff.; EuGH, Rs. C-553/15, *Undis Servizi*, ECLI:EU:C:2016:935, Rz. 31; EuGH, Rs. C-606/17, *IBA Molecular Italy*, ECLI:EU:C:2018:843, Rz. 36.

¹⁶ Grundlegend zum Zweck der Teckal-Kriterien EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 59; einprägsam ØLYKKE/FANØE, PPLR 1/2015, 15: «However, the strict boundaries erected by the CJEU in its case-by-case approach to in-house provision had the purpose of preventing granting of State aid and thereby distortion of competition both between private undertakings and by in-house entities on competitive markets.»; siehe auch BEYELER, Geltungsanspruch, N 1233 u.1269; LUDIN, N 171 ff.; SÁNCHEZ GRAELLS, 267; SCHLEISSING, 241 ff.

¹⁷ Detailliert zu den potenziellen Wettbewerbsverfälschungen aufgrund einer Direktvergabe LUDIN, N 167 ff. m.w.H.

¹⁸ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, Rz. 65; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 36; EuGH, Rs. C-371/05, *Kommission/Italien (Comune di Mantova)*, ECLI:EU:C:2008:410, Rz. 24; EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ECLI:EU:C:2008:621, Rz. 28; EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 65.

¹⁹ LUDIN, N 228 ff.; ähnlich auch EU-KOMMISSION, Arbeitsdokument Zusammenarbeit, 8 ff.; WAUTERS, 39 u. 223 mit den drei Faktoren «capital», «a market orientation character» und «control mechanisms».

- **Absenz von Privatbeteiligungen:** Gemäss EuGH liegt die für das Quasi-in-house-Privileg notwendige Kontrolle bereits nicht mehr vor, wenn Private direkt an der Leistungserbringern beteiligt sind.²⁰ Begründet wird dieser strikte Ausschluss einer Privatbeteiligung an der Leistungserbringerin erstens mit den unterschiedlichen Zielen und Interessen der öffentlichen und privaten Akteure und zweitens mit der drohenden Bevorteilung des beteiligten Privaten.²¹
- **Ausschlaggebende Einwirkungsmöglichkeit:** Weiter setzt eine dienststellenähnliche Kontrolle gemäss *Teckal*-Praxis voraus, dass die öffentliche Auftraggeberin einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der Leistungserbringerin ausübt.²² Der EuGH liess die Möglichkeit bzw. Fähigkeit zur Einwirkung genügen.²³ «Ausschlaggebend» bedeutet in diesem Zusammenhang, dass gegebenenfalls auch gegen den Willen der Leistungserbringerin Einfluss genommen werden kann. Die Einwirkungsmöglichkeit darf sich nicht auf einzelne Unternehmensbereiche beschränken (z.B. nur den Beschaffungsbereich), sondern muss sich auf das gesamte Unternehmen beziehen.²⁴
- **Geringe Marktorientierung und Selbstständigkeit:** Im Rahmen der Prüfung des Merkmals der geringen Marktorientierung und Selbstständigkeit wurden vom EuGH anderweitige Einzelfallumstände berücksichtigt. Diesem Teilmerkmal kommt daher eine Auffangfunktion zu. Beispielsweise fand in der Rechtssache *Parking Brixen* eine Prüfung anhand folgender Kriterien statt: die Rechtsformumwandlung des Sonderbetriebs in eine Aktiengesellschaft nach italienischem Recht, die Natur dieser Gesellschaftsform, die Ausweitung des Gesellschaftszwecks und des geografischen Tätigkeitsgebiets, die baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital sowie die beträchtlichen Vollmachten des Verwaltungsra-

²⁰ Grundlegend EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, ECLI:EU:C:2005:5, Rz. 49.

²¹ EuGH, Rs. C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*, ECLI:EU:C:2005:5, Rz. 50 f.; EuGH, Rs. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH*, ECLI:EU:C:2014:2004, Rz. 42.

²² EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, Rz. 65; EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 36; EuGH, Rs. C-371/05, *Kommission/Italien (Comune di Mantova)*, ECLI:EU:C:2008:410, Rz. 26; EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ECLI:EU:C:2008:621, Rz. 28; EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 65; EuGH, Rs. C-182/11 u. C-183/11, *Econord*, ECLI:EU:C:2012:758, Rz. 27; EuGH, Rs. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, ECLI:EU:C:2014:303, Rz. 26.

²³ Vgl. den nur auf Französisch und Italienisch zur Verfügung stehenden Entscheid EuGH, Rs. C-371/05, *Kommission/Italien (Comune di Mantova)*, ECLI:EU:C:2008:410, Rz. 26: «Ladite faculté [la faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions] suffit à caractériser l'existence d'un pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel [...]».

²⁴ EuGH, Rs. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, ECLI:EU:C:2014:303, Rz. 32.

tes. Der EuGH gelangte zum Schluss, dass diese Faktoren zusammen für eine Marktausrichtung sprächen, die eine Kontrolle «schwierig» mache.²⁵

Der EuGH hat das dargestellte Kontrollkriterium im Laufe der Zeit bedeutend ausgeweitet. Einerseits anerkannte er, dass die Kontrolle auch über zwischengeschaltete Einheiten ausgeübt werden kann (sog. **indirekten Kontrolle**).²⁶ Andererseits liess er in Konstellationen, wo mehrere öffentliche Auftraggeberinnen an einer Leistungserbringerin beteiligt sind, genügen, wenn sie die dienststellenähnliche **Kontrolle gemeinsam** und nicht individuell besitzen.²⁷ Wenige Jahre nach Anerkennung des Instituts der «gemeinsamen Kontrolle» schränkte der EuGH dessen Zulässigkeit wieder ein. Er verlangte zusätzlich, dass jede der öffentlichen Stellen sowohl am Kapital als *auch an den Leitungsorganen* der Einrichtung beteiligt ist.²⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der EuGH mit der *Teckal*-Praxis einen eigenständigen Kontrollbegriff geschaffen hat. Dieser unterscheidet sich namentlich vom Kontrollverständnis im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht.²⁹

2. Tätigkeitskriterium

Das Tätigkeitskriterium verlangt, dass die Leistungserbringerin **im Wesentlichen** für die sie kontrollierende öffentliche Auftraggeberin tätig ist. Jede andere Tätigkeit muss daher rein nebensächlichen Charakter haben.³⁰ Auch das Tätigkeitskriterium bezweckt die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen, indem die Leistungserbringerin nur solange von Direktvergaben staatlicher Aufträge profitieren kann, als sie selber nur untergeordnet am Markt und in Konkurrenz zu privaten Unternehmen tätig ist.³¹

²⁵ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, Rz. 67; zur Veranschaulichung von solchen Einzelfallumständen siehe auch EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ECLI:EU:C:2008:621, Rz. 36 ff.; EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 73 f.

²⁶ Implizit in EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 39, wobei der Einschaltung eines Mittlers je nach Umständen aber eine kontrollabschwächen Wirkung zugesagt wird.

²⁷ EuGH, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ECLI:EU:C:2008:621, Rz. 46 u. 54; EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 55; EuGH, Rs. C-182/11 u. C-183/11, *Econord*, ECLI:EU:C:2012:758, Rz. 28.

²⁸ EuGH, Rs. C-182/11 u. C-183/11, *Econord*, ECLI:EU:C:2012:758, Rz. 33.

²⁹ DIEBOLD/LUDIN, N 115; detailliert zur Eigenständigkeit dieses Kontrollbegriffs LUDIN, N 374 ff.

³⁰ EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 63; bestätigt in EuGH, Rs. C-371/05, *Kommission/Italien (Comune di Mantova)*, ECLI:EU:C:2008:410, Rz. 31 ff.; EuGH, Rs. C-553/15, *Undis Servizi*, ECLI:EU:C:2016:935, Rz. 32.

³¹ AVARKIOTI, PPLR 1/2007, 32 f.; SLAUTSKY/BRAECKEVELT, M.C.P. 1/2014, 12; SCHELLENBERG, 15. Mit dem gewählten Ansatz, d.h. der Fokussierung auf das Verhältnis der Tätigkeiten der Leistungserbringerin im Innenverhältnis, ist aber nichts über die tatsächlich wettbewerbsverfälschende Wir-

Wie bereits das Kontrollkriterium ist gemäss EuGH auch das Tätigkeitskriterium einzel-fallweise und ganzheitlich zu beurteilen. Bei der Beurteilung seien «alle – qualitativen wie quantitativen – Umstände des Einzelfalls» zu berücksichtigen.³² Dessen ungeachtet legt der EuGH den Schwerpunkt jeweils auf quantitative Kriterien, namentlich durch Bestimmung des Umsatzanteils, welche die Leistungserbringerin mit dem sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erzielt.³³ Der EuGH vermied es zwar, sich auf eine fixe prozentuale Wesentlichkeitsschwelle festzulegen; er hielt aber verschiedentlich fest, dass eine Leistungserbringerin dann «im Wesentlichen» für den sie kontrollierenden Auftraggeber tätig ist, wenn sie **90 % ihrer Tätigkeiten** für ihn erbringt³⁴ bzw. nur «eine ganz untergeordnete Tätigkeit»³⁵ am Markt entfaltet.³⁶

Darüber hinaus anerkannte der EuGH, dass gewisse Tätigkeiten zum Staatsphärenanteil hinzuzurechnen waren, obwohl die Leistungserbringerin diese nicht für an ihr beteiligte öffentliche Auftraggeberinnen erbrachte. Unproblematisch sind gemäss EuGH Tätigkeiten, welche die Leistungserbringerin gegenüber Dritten in direkter Erfüllung des erteilten Quasi-in-house-Auftrags erbringt (z.B. Dienstleistungsauftrag für Kehrrichtabfuhr zugunsten der Bevölkerung),³⁷ oder welche für die korrekte Erfüllung der von der öffentlichen Auftraggeberin erhaltenen Aufträge ergänzend notwendig sind.³⁸

B. Umsetzung in den EU-Vergaberichtlinien

Anlässlich der Revision der EU-Vergaberichtlinien von 2014 wurde die zur Quasi-in-house-Ausnahme entstandene *Teckal*-Praxis in die drei Vergaberichtlinien aufgenommen.³⁹ Der Wortlaut der drei Bestimmungen ist nahezu wortgleich,⁴⁰ weshalb im Folgenden einzig die Regelung gemäss Art. 12 RL 2014/24/EU analysiert wird. Der Erwä-

kung der Direktvergabe ausgesagt, welche diese im Rahmen des zulässigen Marktphärenanteils entfalten könnte (siehe LUDIN, N 387 u. 482 f.).

³² EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 64; bestätigt in EuGH, Rs. C-553/15, *Undis Servizi*, ECLI:EU:C:2016:935, Rz. 32 u. Rz. 40.

³³ Zur Dominanz quantitativer Gesichtspunkte FRENZ, N 2397 u. N 2399; WAUTERS, 145.

³⁴ EuGH, Rs. C-295/05, *Asemfo*, ECLI:EU:C:2007:227, Rz. 62 ff.

³⁵ EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 80.

³⁶ Detailliert LUDIN, N 401 ff.

³⁷ EuGH, Rs. C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, ECLI:EU:C:2006:308, Rz. 65 ff.

³⁸ EuGH, Rs. C-573/07, *Sea*, ECLI:EU:C:2009:532, Rz. 78 f. Zur Diskussion stand die differenzierte Abfallsammlung, die es erforderlich machen könne, bestimmte Kategorien gesammelter Stoffe zwecks deren Rückgewinnung an spezialisierte Stellen weiterzuverkaufen.

³⁹ Art. 12 Abs. 1-3 u. Abs. 5 RL 2014/24/EU; Art. 28 Abs. 1-3 u. 5 RL 2014/25/EU (Sektoren); Art. 17 Abs. 1 - 3 u. Abs. 5 RL 2014/23/EU (Konzession).

⁴⁰ Den geringfügigen begrifflichen Unterschieden kommt keine materielle Bedeutung zu (anstatt vieler KNAUFF, EuZW 2014, 489).

gungsgrund Nr. 31 zur RL 2014/24/EU stellt klar, dass die in den Richtlinien vorgenommenen Präzisierungen auf die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung abstützen. Dessen ungeachtet erfuhr der komplexe und umfangreiche Art. 12 Abs. 1-3 u. 5 RL 2014/24/EU gewisse Abweichungen von der bisherigen *Teckal*-Praxis des EuGH.⁴¹

- **Verbot von Privatbeteiligungen:** In systematischer Hinsicht fällt auf, dass die Voraussetzung der «Absenz von Privatbeteiligungen» nicht mehr als Teilmerkmal des Kontrollkriteriums gilt, sondern in Art. 12 Abs. 1 lit. c RL 2014/24/EU als eigenständige Voraussetzung aufgeführt wird. Weiter wird das Privatbeteiligungsverbot im Unterschied zur bisherigen *Teckal*-Praxis aufgeweicht. Neu sind gewisse gesetzlich vorgeschriebene private Kapitalbeteiligungen, die keine Beherrschung oder Sperrminorität und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte Leistungserbringerin vermitteln, ausdrücklich zulässig.⁴²
- **Gemeinsame Kontrolle:** Die Richtlinie hält am Konzept der «gemeinsamen Kontrolle» bzw. der bereits mit der *Teckal*-Praxis eingeführten Lockerung des Kontrollbegriffs fest (Art. 12 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Wie bisher ist verlangt, dass sich die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmenden öffentlichen Auftraggeberinnen zusammensetzen. Im Unterschied zur *Teckal*-Praxis sieht die Richtlinie aber vor, dass einzelne Vertreter mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeberinnen in den beschlussfassenden Organen vertreten können (lit. i *in fine*). An der gemeinsamen massgeblichen Einflussnahme auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Leistungserbringerin wird festgehalten (lit. ii). Neu ist aber die Voraussetzung, dass die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgen darf, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeberinnen zuwiderlaufen (lit. iii). Es wird aber verschiedentlich bezweifelt, ob dieser dritten Voraussetzungen neben den beiden übrigen Voraussetzungen tatsächlich noch eine eigenständige Bedeutung zukommt.⁴³
- **Wesentlichkeitsschwelle:** Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH setzen die Vergaberichtlinien eine klare prozentuale Wesentlichkeitsschwelle fest. Das Tätigkeitskriterium gilt als erfüllt, *wenn mehr als 80 % der Tätigkeiten* der kontrollierten juristischen Person der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden, dienen (Art. 12

⁴¹ Für eine detaillierte Vorstellung weiterer Nuancierungen wird auf LUDIN, N 228 ff. (zum Kontrollkriterium) u. N 392 ff. (zum Tätigkeitskriterium) verwiesen.

⁴² Art. 12 Abs. 1 lit. c RL 2014/24/EU. Für weitere Aufweichungen dieses Teilmerkmals siehe LUDIN, N 255 u. N 268 ff.

⁴³ Anstatt vieler CASALINI, 170; siehe LUDIN, N 364 m.w.H.

Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU).⁴⁴ Dieser Schwellenwert erlaubt der Leistungserbringerin eine gewichtige Teilnahme am Wettbewerb (Marktsphärenanteil), so dass sich viel Raum für potenzielle Wettbewerbsverfälschungen eröffnet.⁴⁵

- **Berechnung der Tätigkeitsanteile:** Wie die *Teckal*-Praxis sieht auch Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU den Umsatz als Messgrösse der Tätigkeit vor. Neu kann aber auch ein anderer geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert (z.B. die entstandenen Kosten) herbeigezogen werden. Sodann klärt die Richtlinie bisher offen gebliebene Fragen zur Berechnung der Tätigkeitsanteile. Art. 12 Abs. 5 UAbs. 1 RL 2014/24/EU hält fest, dass zur Ermittlung der Vergleichsgrösse die Werte während der letzten drei Jahre vor Vergabezeitpunkt heranzuziehen sind. Sollten für die letzten drei Jahre keine Angaben vorliegen, kann der tätigkeitsgestützte Wert auch mit Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht werden. Möglich ist dies gemäss Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU explizit bei Gründung, neuer Tätigkeitsaufnahme oder Umstrukturierung der Leistungserbringerin oder der öffentlichen Auftraggeberin.
- **Neue Konstellationen:** Bei Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen ist eine Direktvergabe auch bei einem inversen Quasi-in-house-Geschäft («Tochter-Mutter-Konstellation»); Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24/EU) oder bei einem horizontalen Quasi-in-house-Geschäft («Schwester-Schwester-Konstellationen»); Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24/EU) erlaubt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass mit der Kodifizierung der Versuch unternommen wurde, mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Vordergründig wurde dabei die Stossrichtung der *Teckal*-Praxis des EuGH übernommen. Der kritische Blick zeigt hingegen, dass mit Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24/EU nicht einfach nur die bestehende Praxis konsolidiert, sondern auch Konkretisierungen und wesentliche Neuerungen eingeführt wurden. Während die *Teckal*-Praxis des EuGH noch strikt dem präventiven Wettbewerbschutz verpflichtet war, wurde dieser **Wettbewerbschutzgedanken mit der**

⁴⁴ Ursprünglich hatte die EU-Kommission eine Schwelle von mindestens 90 % der Tätigkeiten vorgeschlagen (EU-KOMMISSION, RL-Vorschlag, Art. 11 Abs. 1 lit. b). Die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle fand auf Anregung des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments (IMCO) und des Rates der EU Eingang in den Richtlinienentwurf.

⁴⁵ Kritisch bereits Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie (ITRE) des Europäischen Parlaments sowie der Ausschuss für regionale Entwicklung (REGI), siehe EU-PARLAMENT, IMCO Bericht, 334 (Änderungsantrag 34; mit Hinweis, dass damit der Weg für schwerwiegende Wettbewerbsverzerrungen und Nachteile für KMU geebnet würde) u. 428 f. (Änderungsantrag 31); anstatt vieler aus der Literatur CARANTA, CML Rev. 52/2015, 440; SÁNCHEZ GRAELLS, 270 («excessively tolerant threshold»).

Richtlinienbestimmung bedeutend aufgeweicht.⁴⁶ Dies zeigt sich eindrücklich an der Auflockerung des Privatbeteiligungsverbots und der expliziten Zulässigkeit eines vergrösserten Marktsphärenanteils von 20 %.

III. Quasi-in-house-Ausnahme im Schweizer Recht

A. Umsetzung im revidierten BöB und E-IVöB

Das schweizerische Beschaffungsrecht kannte bis anhin keine Bestimmungen zur Quasi-in-house-Ausnahme. Dessen ungeachtet hatte der vom EuGH entwickelte Ausnahmetatbestand vereinzelt Eingang in die kantonale Rechtsprechung,⁴⁷ die Praxis der WEKO⁴⁸ und Lehre⁴⁹ gefunden. Mangels klärender Rechtsprechung des Bundesgerichts bestand jedoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Mit der Totalrevision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen ist vorgesehen, die Quasi-in-house-Ausnahme ausdrücklich im Gesetz zu regeln. Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB hält fest:⁵⁰

«Dieses Gesetz findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:

[...]

d. bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen.»

⁴⁶ Ähnlich auch CLARKE, EPPPL 2/2015, 125; ØLYKKE/FANØE, PPLR 1/2015, 2; SÁNCHEZ GRAELLS, 269 ff.; WIGGEN, PPLR 3/2014, 86.

⁴⁷ VGer AG, WBE.2012.159 vom 1. Juli 2013 E. II/2.1 f.; VGer VD, MPU.2011.0020 vom 16. März 2012 E. 2b; KGer VS, A1 09 163 vom 3. Dezember 2009 E. 4.2 f.; VGer VD, GE.2007.0013 vom 6. November 2009 E. 3a (aber noch keine förmliche Aneignung der EuGH-Rechtsprechung, da Frage vom Gericht offengelassen werden konnte [E. 3a *in fine*]); Folgeurteil VGer VD, MPU.2010.0008 vom 6. Dezember 2010 E. 6b m.w.H.

⁴⁸ WEKO, Gutachten eOperations Schweiz, RPW 2014/4, 785 Rz. 33 ff. sowie Rz. 43 ff.; WEKO, Empfehlung VRSG, RPW 2014/2, 442 Rz. 6 ff.; WEKO, Gutachten CKW Konzessionsverträge, RPW 2011/2, 345 Rz. 36 ff.; WEKO, Gutachten Schwyz Wasserrechtskonzessionen, RPW 2011/2, 353 Rz. 16 ff.

⁴⁹ Exemplarisch BEYELER, Staatsbetriebe, N 46 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, N 1222 ff.; BEYELER, In-House, N 71 ff.; CLERC, LMI Art. 5 N 70 ff.; DIEBOLD/LUDIN, N 97 u. N 105 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 252 ff.; POLTIER, BR/DC 2014, 232 ff.; POLTIER, N 200 ff.; SCHNEIDER HEUSI, 51 f.

⁵⁰ Auf interkantonaler Ebene ist die Einführung einer nahezu wortgleichen Ausnahme geplant (Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB). Zur Wahrung einer besseren Leserfreundlichkeit wird nachfolgend einzig Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB referenziert. Die interkantonale Regelung ist aber sinngemäss mitgemeint.

Die vorgesehene Norm verankert die vom EuGH in seiner *Teckal*-Praxis entwickelten Kontroll- und Tätigkeitsvoraussetzungen. Im Gegensatz zur umfangreichen und höchst detaillierten Regelung in Art. 12 RL 2014/24/EU, enthält der Gesetzestextentwurf keine weiteren Klarstellungen zu den beiden unbestimmten Voraussetzungen. Es wird deshalb Aufgabe der Praxis und Rechtsprechung sein, die offenen Voraussetzungen der Quasi-in-house-Direktvergaben zu konkretisieren.

B. Anwendung und Auslegung

Bei der Anwendung von Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB stellt sich die Frage, ob und wie weit die zwei unbestimmten Voraussetzungen in Übereinstimmung mit den vom EuGH entwickelten Kriterien der *Teckal*-Praxis oder gar der in Art. 12 RL 2014/24/EU getroffenen Regelung auszulegen sind. Die Schweiz ist zwar im Rahmen des WTO/GPA und des BAöB verschiedene staatsvertragliche Verpflichtungen im Bereich des Beschaffungsrechts eingegangen, doch findet sich darin keine Pflicht zur Übernahme der EU-Vergaberichtlinie oder der Bestimmung zur Quasi-in-house-Ausnahme. Aber auch ohne Übernahmepflicht kann es im Einzelfall angezeigt sein, schweizerisches Recht in Übereinstimmung mit EU-Recht auszulegen,⁵¹ sei es im Rahmen des «autonomen Nachvollzugs»⁵² oder im Sinne einer «allgemeinen Inspirationsquelle».⁵³ Allgemein steigt die Bedeutung einer europarechtskonformen Auslegung, wenn sich der Gesetzgeber explizit an Regelungsmodelle der EU anlehnt.⁵⁴ Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Erläuterungen der Botschaft,⁵⁵ aus denen im konkreten Fall deutlich wird, dass der Bundesrat eine Regelung im Sinne der *Teckal*-Praxis anstrebt:

«Buchstabe d kodifiziert die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe dieser Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde. Allerdings erfolgt hier eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynami-

⁵¹ HEINEMANN, 18 f.

⁵² Beim autonomen Nachvollzug erfolgt die Anpassung an das EU-Recht ohne staatsvertragliche Verpflichtung, detailliert OESCH, 27 ff.; ebenfalls DIEBOLD, *Freizügigkeit*, N 303 f.

⁵³ HEINEMANN, 18 f. u. 21; vgl. auch KOHLER, *ZSR Beiheft* 50, 43 ff. mit den Begrifflichkeiten «adaptation autonome stricto sensu» und «emprunt législatif»; KUNZ, *ZVglRWiss* 2009, 44 f. u. 53 mit dem Begriff der «eklektischen Anregung»; KRAMER, 275 mit dem Begriff der «Umsetzung à la carte».

⁵⁴ Eingehend HEINEMANN, 33 f.

⁵⁵ KOHLER, 156 m.w.H.; KUNZ, *ZVglRWiss* 2009, 74 Fn. 330; WALTER, *ZSR* 2007 I, 270; auch HEINEMANN, 34 bezeichnet die Botschaft einschliesslich des Europakapitels als Ausgangspunkt der Beurteilung.

sche Kodifikation der Teckal-Praxis. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von Buchstabe d nicht bindend.»⁵⁶

Der Bundesrat beabsichtigt offenbar, die *Teckal-Praxis* des EuGH gemäss Rechtsprechungsstand vom 15. Februar 2017 (Datum der Überweisung der Botschaft an das Parlament) zu übernehmen, auch wenn er diese natürlich nicht über die Botschaft als «verbindlich» erklären kann.⁵⁷ Es fällt auf, dass der Bundesrat im Zusammenhang mit der Quasi-in-house-Ausnahme mit keinem Wort auf die in den EU-Vergaberichtlinien 2014 getroffene Regelung hinweist, bei anderen Themengebieten der Revisionsvorlage hingegen regelmässig auf die EU-Richtlinien verweist.⁵⁸ Dies legt den Schluss nahe, dass die mit Art. 12 RL 2014/24/EU eingeführten Abweichungen und Neuerungen gegenüber der vorangehenden *Teckal-Praxis* des EuGH nicht übernommen werden sollen.⁵⁹ Zugleich wird eine Übernahme aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Mit dieser Vorgehensweise wahrt sich der Gesetzgeber zwar Flexibilität bei der Weiterentwicklung des Ausnahmetatbestands, leistet aber keinerlei Beitrag zur Schaffung von Rechtssicherheit.

Neben dem EU-Recht ist bei der künftigen Anwendung der Quasi-in-house-Regelung deren Ziel und Zweck zu beachten, welche namentlich in der **Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen** durch die Bevorteilung von staatsnahen Unternehmen mittels Direktvergaben von öffentlichen Aufträgen besteht. Entsprechend muss die Auslegung und Anwendung der Quasi-in-house-Ausnahme in erster Linie der Verwirklichung des verfassungsmässigen Grundsatzes der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) dienen und darf nicht darin bestehen, unüberlegt den EU-Kriterienkatalog durchzuprüfen. Vor diesem Hintergrund wird im Einzelfall zu untersuchen sein, ob ein staatsnaher Betrieb aufgrund der Direkterteilung von öffentlichen Aufträgen über Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Konkurrenten im gleichen oder in anderen Märkten verfügt. Trifft dies zu, so müssen die Aufträge nach Massgabe des Beschaffungsrechts öffentlich ausgeschrieben werden. Die Kontroll- und Tätigkeitsmerkmale dienen somit einzig als Sammelbegriffe für einen offenen Kriterienkatalog, der es ermöglichen soll, die potentiellen Wettbewerbswirkung von Direktvergaben zu eruieren. Ein ähnliches Konzept verwendet bspw. Art. 5 Abs. 1 KG, wo im Rahmen der

⁵⁶ Botschaft revBöB, BBl 2017 1851, 1907.

⁵⁷ Die zeitlich nach 15. Februar 2017 entschiedenen Quasi-in-house-Fälle, welche noch unter alter EU-Rechtslage zu beurteilen waren, kommt daher keine Wirkung zu (bisher einzig EuGH, Rs. C-567/15, *LitSpecMet*, ECLI:EU:C:2017:736; EuGH, Rs. C-606/17, *IBA Molecular Italy*, ECLI:EU:C:2018:843).

⁵⁸ Siehe z.B. Botschaft revBöB, BBl 2017 1851, 1932 bzgl. Dialog.

⁵⁹ Ähnlich bzgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB auch BEYELER, Staatsbetriebe, N 60, N 67 u. N 70.

Rechtsanwendung anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen ist, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.⁶⁰

Entsprechend wäre es wohl sinnvoller gewesen, direkt den Grundsatz der **Wettbewerbsneutralität** als normativen Massstab der Quasi-in-house-Ausnahme im Gesetz zu verankern, als die für sich gesehen wenig aussagekräftigen Kontroll- und Tätigkeitskriterien als gesetzliche Voraussetzungen zu statuieren. Immerhin besteht aufgrund deren Unbestimmtheit ausreichend Spielraum, den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu verwirklichen. Dies bedeutet in rechtsvergleichender Hinsicht, dass die mit Art. 12 RL 2014/24/EU teilweise eingeführte Aufweichung des Wettbewerbsschutzes (dazu Abschnitt II.B) – wie etwa die Auflockerung des Privatbeteiligungsverbots oder die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle – nicht ohne Weiteres für die Auslegung von Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB heranzuziehen ist.

Von einer wettbewerblich gänzlich unproblematischen Quasi-in-house-Direktvergabe ist grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn die direktbeauftragte «quasi-in-house» Einheit in keinerlei Konkurrenzverhältnis zu privaten Unternehmen steht und auch keine Privaten an der direktbeauftragten Einheit beteiligt sind. Ob die direktbeauftragte Einheit hingegen von der öffentlichen Auftraggeberin kontrolliert wird oder nicht, scheint aus wettbewerblicher Sicht weniger relevant zu sein. Gleiches gilt für die Frage, ob die direktbeauftragte Einheit für eine oder mehrere öffentliche Auftraggeber tätig ist.

Eine konsequente und einfach anzuwendende Regelung bestünde deshalb darin, Quasi-in-house-Direktvergaben nur solange zuzulassen, als die Leistungserbringerin nicht am Markt tätig ist und keine Privatbeteiligung aufweist. Sobald diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind, ist das Hauptkriterium der Zuordnung der Tätigkeiten in «Staats- und Marktanteile» nur beschränkt geeignet, Wettbewerbsverzerrungen zu unterbinden. Entscheidend ist weniger die quantitative Zuordnung der Tätigkeit in Markt- und Staatsanteile, als vielmehr die Natur und Beschaffenheit des relevanten Marktes und die Bedeutung der Direktvergaben für den Wettbewerb in diesem Markt (z.B. Quersubventionen). Sobald aber das vermeintlich einfache Kriterium der Tätigkeitsanteile herangezogen wird, stellen sich unweigerlich komplexe Fragen nach der Wesentlichkeitsschwelle sowie der Berechnung der Anteile.⁶¹ Sollte sich diese Lösung auch in der Schweiz durchsetzen, so wäre jedenfalls entgegen den Ausführungen in der Botschaft eine Schwelle von 80 % kaum mit dem Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität vereinbar. Der Bundesrat sieht die Wesentlichkeitsschwelle als erreicht an, wenn eine Anbieterin «mindestens 80 Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt für diese Auftraggeberin er-

⁶⁰ DIEBOLD/SCHÄKE, recht 2018, 231 ff.

⁶¹ Detailliert LUDIN, N 382 ff.

bringt.»⁶² Bei einer Markt­­tätigkeit von 20 % dürfte die staatliche Wettbewerbsneutralität kaum noch gewahrt sein. Für eine höhere Wesentlichkeitsschwelle spricht auch der Umstand, dass die Schweiz im Gegensatz zur EU kein griffiges Beihilferecht⁶³ kennt, welches das dem hohen Markt­­sphärenanteil von 20 % innewohnende Restrisiko einer Wettbewerbsverfälschung zusätzlich eindämmen könnte.⁶⁴

IV. Fazit

Es ist zu begrüßen, dass die Quasi-in-house-Ausnahme im revidierten BöB und im E-IVöB erstmals im Gesetz geregelt werden soll. Allerdings kann bezweifelt werden, dass die neue Regelung mehr Klarheit und Rechtssicherheit bringen wird. Der Gesetzgeber bedient sich der Kontroll- und Tätigkeitsvoraussetzungen aus der Rechtsprechung des EuGH und ignoriert den Umstand, dass die komplexe Umsetzung dieser beiden Kriterien zahlreicher Detailregelungen in den EU-Vergaberichtlinien bedarf. Die Unbestimmtheit der Kontroll- und Tätigkeitsvoraussetzungen wie auch die Unklarheit der Bedeutung des EU-Rechts mit Blick auf die Auslegung von Art. 10 Abs. 3 lit. d revBöB führen dazu, dass die vorgesehene Regelung nicht viel mehr aussagt, als dass die Ausnahme im schweizerischen Beschaffungsrecht grundsätzlich anerkannt wird. Rechtsstaatlich besonders bedenklich ist sodann der Versuch der Bundesverwaltung, gewisse Regeln aus den EU-Vergaberichtlinien – wie etwa die Wesentlichkeitsschwelle von 80 % – quasi über den Botschaftstext einzuführen. Es geht nicht an, dass der Bundesrat dem Parlament im Gesetzesentwurf eine komplexe Norm mit offenen Rechtsbegriffen vorlegt und gleichzeitig bestrebt ist, diese mit Blick auf die historische Auslegung via Botschaftstext selber zu füllen. Wenn schon müssten solche wesentlichen Aspekte durch eine Verordnung geregelt werden.

Nach Massgabe des verfassungsmässigen Grundsatzes der staatlichen Wettbewerbsneutralität kann eine Quasi-in-house-Direktvergabe nur dann zulässig sein, wenn die beauftragte Einheit daraus keinerlei Wettbewerbsvorteile gegenüber privater Konkurrenten ziehen. Dabei ist unbedeutend, ob es sich um Vorteile im Markt des Beschaffungsobjekts oder um Vorteile in anderen Märkten handelt. Entsprechend ist eine Quasi-in-house-Direktvergabe nur dann gänzlich unbedenklich, wenn die beauftragte Einheit auf keinem

⁶² Botschaft revBöB, BBl 2017 1851, 1907; kritisch WEKO, Revision BöB/VöB, RPW 2015/2, 340 Rz. 24.

⁶³ Zum Verhältnis von Quasi-in-house-Geschäft und EU-Beihilfeverbot z.B. GUARRATA/WAGNER, NZBau 2018, 448 f.; ØLYKKE, PPLR 5/2016, 205 ff.; ØLYKKE/FANØE, PPLR 1/2015, 5 ff.; PFANNKUCH, NZBau 2015, 743 ff.; ZEISS, ZfBR 2002, 456 ff.

⁶⁴ Ähnlich kritisch auch DIEBOLD/LUDIN, N 118; bereits vor Gesetzesrevision mit ähnlicher Stossrichtung BEYELER, Geltungsanspruch, Fn. 1474; BEYELER, In-House, Fn. 136.

Markt tätig ist und auch keine Privatbeteiligungen aufweist. Zumindest wäre aber als Mindestforderung zu verlangen, dass die Wesentlichkeitsschwelle bei 90 % angesetzt wird. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so muss sich die staatsnahe Einheit im Wettbewerb zu ihren privaten Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungsverfahren um öffentliche Aufträge bewerben.

Literaturverzeichnis

Literatur

- ARROWSMITH Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK: Volume 1*, 3rd ed., London 2014.
- AVARKIOTI Fotini, The application of EU public procurement rules to «in house» arrangements, *PPLR* 1/2007, p. 22 ss.
- BEYELER Martin, (S59) EuGH (CEJ) C-480/06 (9.6.2009; Kommission gegen Deutschland), *BR/DC* 2009, S. 172 ff.
- BEYELER Martin, In-house-Vergaben Wer mit wem – wann und warum, in: Stöckli/Zufferey (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich 2010, S. 17 ff. (zit. In-house).
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich 2012 (zit. Geltungsanspruch).
- BEYELER Martin, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, *Jusletter* 22. Dezember 2014, S. 1 ff. (zit. Staatsbetriebe).
- CARANTA Roberto, The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works, *CML Rev.* 52/2015, p. 391 ss.
- CASALINI Dario, Beyond EU Law: the New “Public House”, in: Ølykke/Hansen/Tvarnø (Hrsg.), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen 2012, p. 151 ss.
- CLARKE Charles M., The CJEU’s evolving interpretation of ‘In-house’ arrangements under the EU Public Procurement rules: A functional or formal approach?, *EPPPL* 2/2015, p. 111 ss.
- CLERC Evelyne, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (zit. LMI Art. 5 N).
- DIEBOLD Nicolas F., Vergaberecht und Wettbewerb, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), *Tagungsband zur 8. Freiburger Tagung zum Wettbewerbsrecht*, Bern 2017, S. 1 ff. (zit. Vergaberecht).
- DIEBOLD Nicolas F., *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht*, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Freizügigkeit).
- DIEBOLD Nicolas F. / LUDIN Martin, *Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt*, Zürich/St. Gallen 2018.
- DIEBOLD Nicolas F. / SCHÄKE Cyrill, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, *recht* 2018, S. 228 ff.
- EGGER Alexander, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008.

- FRENZ Walter, *Handbuch Europarecht – Bd.3: Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin/Heidelberg/New York 2007.
- GALLI Peter/MOSER André/LANG Elisabeth/STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3. Aufl., Zürich 2013.
- GUARRATA Angela/WAGNER Christian, Das Verhältnis von Vergabe- und Beihilferecht, *NZBau* 2018, S. 443 ff.
- GUIGNARD Marcel, Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen – Ein praktischer Fall: Die Auslagerung eines städtischen Werkes, in: Hettich (Hrsg.), *Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt*, St. Gallen 2009, S. 29 ff.
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HEINEMANN Andreas, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung*, Zürich/St. Gallen 2013, S. 1 ff.
- HOFFMANN Christian / SCHULZ Sönke E. / GOTTBURG Luise, Zulässige Inhouse-Vergabe im Konzern öffentliche Verwaltung, *KommJur* 2017, S. 245 ff.
- HOLOUBEK Michael / FUCHS Claudia / HOLZINGER Kerstin, *Vergaberecht*, 4. Aufl., Wien 2014.
- KAARRESALO Toni, Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime, *PPLR* 6/2008, p. 242 ss.
- KNAUFF Matthias, Neues zur Inhouse-Vergabe, *EuZW* 2014, S. 486 ff.
- KOHLER Emilie, Le droit européen à l'aide de l'interprétation du droit suisse, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, *ZSR Beiheft* 50, Bâle 2012, p. 41 ss.
- KOHLER Emilie, *Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse*, Berne 2015.
- KRAMER Ernst A., Methodologische Probleme des «autonomen Nachvollzugs» von EU-Richtlinien durch die Schweiz, in: Harrer/Honsell/Mader (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag*, Wien 2011, S. 269 ff.
- KUNZ Peter, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, *ZVglRWiss* 2009, S. 31 ff.
- LUDIN Martin, *Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre – Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz* (im Erscheinen).
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III: *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- OESCH Matthias, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Cottier (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, Basel 2012, S. 13 ff.
- ØLYKKE SKOVGAARD Grith, Commission Notice on the notion of state aid as referred to in article 107(1) TFEU - is the conduct of a public procurement procedure sufficient to eliminate the risk of granting state aid?, *PPLR* 5/2016, p. 197 ss.

- ØLYKKE SKOVGAARD Grith / FANØE ANDERSEN Cecilie, A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision, *PPLR* 1/2015, p. 1 ss.
- PFANNKUCH Benjamin, Beihilferechtliche Risiken bei der Inhouse-Vergabe, *NZBau* 2015, S. 743 ff.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- POLTIER Etienne, La nouvelle directive de l'UE sur la passation des marchés publics (2014/24/UE; Directive générale), *BR/DC* 2014, p. 231 ss.
- SÁNCHEZ GRAELLS Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford/Portland 2015.
- SHELLENBERG Martin, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach der Reform, in: Pünder/Priess (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II – Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung*, Hamburg 2015, S. 5 ff.
- SCHLEISSING Philipp, *Möglichkeiten und Grenzen vergaberechtlicher In-House-Geschäfte*, Baden-Baden 2012.
- SCHNEIDER HEUSI Claudia, *Vergaberecht – in a nutshell*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018.
- SLAUTSKY Emmanuel / BRAECKEVELT Neil, Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics: l'apport des nouvelles directives, *M.C.P.* 1/2014, p. 5 ss.
- WALTER Hans P., Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, *ZSR* 2007 I, S. 259 ff.
- WAUTERS Kris, *Cooperative Agreements Between Public Authorities – The influence of CJEU case law on national legal systems*, Cambridge/Antwerp/Portland 2015.
- WIGGEN Janicke, Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector, *PPLR* 3/2014, p. 83 ss.
- WITTEK Nicolas A., *Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht*, Frankfurt am Main 2004.
- ZEISS Christopher, «In-House»-Geschäft: Ende einer liebgewonnenen Ausnahme von der Ausschreibungspflicht durch die «Hintertür» des EG-Wettbewerbsrechts?, *ZfBR* 2002, S. 456 ff.

Behördenpraxis

- WEKO, Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, *RPW* 2011/2, S. 345 ff. (zit. Gutachten CKW Konzessionsverträge).
- WEKO, Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, *RPW* 2011/2, 353 (zit. Gutachten Schwyz Wasserrechtskonzessionen).
- WEKO, Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM), *RPW* 2014/2, S. 442 ff. (zit. Empfehlung VRSG).
- WEKO, Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz, *RPW* 2014/4, S. 785 ff. (zit. Gutachten eOperations Schweiz).

WEKO, Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), RPW 2014/4, S. 817 ff. (zit. Revision IVöB).

WEKO, Stellungnahme vom 15. Juni 2015 zur Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV), RPW 2015/2, S. 340 ff. (zit. Revision BöB/VöB).

Materialien

Erläuternder Bericht zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 18. September 2014, S. 19 (zit. Erläuternder Bericht revIVöB).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 (zit. Botschaft revBöB).

EU-KOMMISSION, Arbeitsdokument der Kommissionsstellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), inoffizielle Übersetzung des Dokuments SEK (2011) 1169 endg. vom 4. Oktober 2011 durch die GD Binnenmarkt und Dienstleistungen (zit. Arbeitsdokument Zusammenarbeit).

EU-KOMMISSION, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe KOM(2011) 896 endgültig - 2011/0438 (COD) vom 20. Dezember 2011 (zit. RL-Vorschlag).

EU-PARLAMENT, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD) 11th January 2013, (zit. IMCO Bericht engl.).

Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques

Sommaire	Page
Introduction	570
I. Les tâches de l'État en matière d'assistance ou d'hébergement	570
A. L'hébergement et l'assistance aux personnes en situation de handicap	571
B. L'hébergement et l'assistance aux personnes âgées	572
C. Les relations entre l'État et les institutions privées	574
1. La délégation des tâches d'hébergement et d'assistance	574
2. L'autonomie des institutions privées et leur surveillance	575
a) L'autonomie	575
b) La surveillance	576
3. L'acte de reconnaissance	577
4. Les obligations corrélée au droit d'accès à une institution	578
D. Les relations des institutions avec le personnel et les tiers	578
1. Les relations des institutions avec le personnel	579
2. Les relations des institutions avec les tiers	579
a) Le contrat d'hébergement et d'assistance	579
b) La nature juridique du contrat d'hébergement et d'assistance	581
c) La responsabilité pour acte illicite	582
E. Synthèse	582
II. La mise au concours des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement	583
A. Généralités	583
B. Les établissements médico-sociaux (EMS)	584
1. La planification hospitalière dans le domaine des EMS	584
2. Incidences de la planification hospitalière en matière d'EMS	584
3. Assujettissement à l'article 9 P-AIMP ?	587
C. Les institutions pour personnes handicapées	590
1. La planification dans le domaine des institutions pour personnes handicapées	590

* Professeure à l'Université de Lausanne.

** Assistante-diplômée à l'Université de Lausanne.

2. Planification en matière d'institutions pour personnes handicapées et droit des marchés publics	591
D. Synthèse	593
Bibliographie	595

Introduction

L'hébergement et l'assistance aux personnes nécessitant une prise en charge médicale, sociale et hôtelière, liée à leur âge ou leur handicap, ne sont pas des activités propres à l'État. Elles ont été initiées le plus souvent par des institutions privées, parfois par les communes ou des congrégations religieuses. Les établissements médico-sociaux et homes socio-éducatifs sont le plus souvent composés de fondations reconnues d'utilité publique et d'établissements privés, quand bien même certains cantons ont créé des établissements de droit publics pour remplir tout ou partie de ces activités.

Ces prestations sont désormais largement encadrées par l'État, plus particulièrement par les cantons, dans une relation contractualisée avec les donneurs de prestations.

Dans un contexte où la frontière entre l'autonomie d'une institution privée délégataire d'une tâche et le contrôle à exercer par l'autorité n'est pas toujours aisée à tracer, nous nous proposons de parcourir quelques aspects de cette problématique : il s'agira notamment d'apprécier les relations juridiques entre l'État et ces institutions, de même qu'entre ces institutions et le personnel ou les résidents. Mais plus encore, dans une économie désormais entièrement orientée vers la planification des besoins en matière de tâches d'assistance et d'hébergement de personnes vulnérables, nous nous poserons également la question de la soumission des différents services offerts par les institutions prestataires au droit des marchés publics.

Pour les aspects qui relèvent du droit cantonal, il est précisé que c'est essentiellement le droit vaudois qui a tenu lieu de cadre de référence.

I. Les tâches de l'État en matière d'assistance ou d'hébergement

Si un régime spécifique relatif à l'hébergement ou l'assistance de personnes âgées ou invalides en home ou en institution fait défaut avant les années 1980, depuis lors, la prise

en charge de ces activités par la Confédération et les cantons s'est généralisée¹. Il s'agit désormais non seulement de financer ces activités selon le régime des prestations, mais également de les planifier, afin d'offrir une palette de services correspondant aux besoins des personnes concernées et de concrétiser leur droit d'accès à un établissement de leur choix.

Le mécanisme de financement de ces institutions est décrit comme particulièrement complexe parce que faisant intervenir le plus souvent tant la Confédération que les cantons et parfois les communes ainsi que diverses branches de la sécurité sociale. Le régime de la péréquation des tâches entre la Confédération et les cantons a clarifié quelque peu ces questions ; mais au-delà de la question financière, c'est le rôle des cantons face à l'activité institutionnelle qui a également été renforcé, spécialement dans le contexte des établissements socio-éducatifs².

A. L'hébergement et l'assistance aux personnes en situation de handicap

Avec l'entrée en vigueur de la RPT³, le 1^{er} janvier 2008, l'article 112*b* al. 2 et 3 Cst. attribue aux cantons la tâche de promouvoir l'intégration des personnes invalides adultes par l'octroi de subventions à la construction et à l'exploitation de lieux de travail et d'habitation⁴ ; l'AI ne participe plus au financement de ce domaine qui relève désormais de l'entière responsabilité technique et financière des cantons⁵. Ceux-ci doivent cependant conformer leur action à l'objectif d'intégration ainsi qu'aux principes fixés dans la LIPPI⁶, qui impose aux cantons de garantir que les personnes invalides habitant sur leur territoire bénéficient d'une offre en institution qui réponde à leurs besoins⁷. L'offre de

¹ SCHNYDER, p. 5 ss.

² Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

³ Réforme de la péréquation et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) proposée par message du Conseil fédéral du 4 novembre 2001 (ci-après Message RPT I ; FF 2001 2155, p. 2155 ss), acceptée en votation populaire le 28 novembre 2004 et suivie d'un second message du Conseil fédéral du 7 septembre 2005 sur la législation d'exécution de la réforme (ci-après Message RPT II ; FF 2005 5641, p. 5641 ss).

⁴ Certaines constitutions cantonales ont intégré cette tâche de manière explicite, à l'instar de l'art. 65 de la Constitution vaudoise (RS 131.231) qui précise en son alinéa 2 c^{bis} que « Pour contribuer à la sauvegarde de la santé de la population, l'État et les communes : [...] assurent qu'il y ait des lieux d'hébergement médico-sociaux pour les personnes âgées ou handicapées, adéquats et adaptés aux attentes et besoins ».

⁵ Message RPT I, FF 2001, p. 2301.

⁶ Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI ; RS 831.26).

⁷ Art. 2 LIPPI.

places et la qualité des services doivent être garanties par une procédure de reconnaissance et par le respect de critères portant sur les prestations et l'organisation de ces institutions⁸. S'agissant des frais de séjour dans une institution reconnue, la LIPPI précise que la participation des cantons doit être telle qu'aucune personne invalide n'ait à faire appel à l'aide sociale en raison de ce séjour⁹.

L'accès à une institution est ainsi garanti pour les personnes en situation de handicap qui le souhaitent, lorsque cela répond à leur besoin, et cela indépendamment de leurs ressources financières. Cette condition implique de la part du canton la mise en place d'une planification stratégique des besoins tant quantitative que qualitative ; seules les institutions reconnues bénéficient du régime de subvention dans le cadre de cette planification¹⁰. Ces aides peuvent être accordées par le biais de prestations complémentaires (à l'AVS ou l'AI), auquel cas le refus total ou partiel de ces dernières est susceptible de recours selon les règles de la LPGA¹¹, par renvoi de l'article 1 de la LPC¹² ; si le canton choisit de participer aux coûts par des subventions, la législation cantonale doit conférer un droit à ces subventions¹³.

Dans le Canton de Vaud, c'est la LAIH¹⁴ qui fixe les conditions à respecter par les institutions délégataires de tâches, mais aussi les droits des personnes résidentes. L'autorisation d'exploiter concrétise l'acte de délégation de tâches aux institutions privées.

B. L'hébergement et l'assistance aux personnes âgées

Les tâches d'hébergement et d'assistance aux personnes âgées relèvent essentiellement de compétences cantonales, la Confédération ne jouant qu'un rôle subsidiaire en ce domaine (art. 112c al. 2 Cst.)¹⁵. Le mécanisme de financement de tels établissements est toutefois complexe, puisqu'il convient de distinguer les prestations socio-hôtelières – qui sont à la charge du bénéficiaire, et en cas de besoin, sont assurées par les prestations complémentaires des cantons, essentiellement –, des prestations médicales et de soins

⁸ Art. 4 LIPPI.

⁹ Art. 7 LIPPI.

¹⁰ Art. 10 LIPPI.

¹¹ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

¹² Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC ; RS 831.30).

¹³ Art. 8 LIPPI.

¹⁴ Loi vaudoise du 10 février 2004 sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (LAIH ; RSV 856.6).

¹⁵ Message RPT I, FF 2001, p. 2333.

médicaux (assistance médicale et mesures de réadaptation), qui sont financées par les assureurs maladie (avec une participation de l'État¹⁶).

Au sens de la LAMal, l'établissement médico-social est une catégorie de fournisseurs de prestations¹⁷. Les prestations socio-hôtelières fournies par les EMS doivent répondre aux besoins physiques, psychiques et sociaux du résident¹⁸. Pour être reconnus, les EMS doivent disposer du personnel et des équipements nécessaires¹⁹. Dans la mesure où les homes procurent des soins, l'article 39 LAMal al. 3 invite les cantons à établir une planification des établissements médico-sociaux, afin de couvrir les besoins en soins de leur population²⁰.

S'agissant des établissements spécialisés pour personnes âgées, la RPT a eu des conséquences importantes en prévoyant un certain désenchevêtrement entre les tâches de la Confédération et celles des cantons en matière d'AVS. Alors que la Confédération assure la couverture des besoins vitaux, les prestations complémentaires visant à couvrir les frais de séjour dans un home ainsi que les frais de maladie et d'infirmité doivent désormais être assumés entièrement par les cantons, sans plafonnement²¹. Le but est de veiller à une meilleure autonomie en faveur des cantons.

On ajoutera que, dans le Canton de Vaud, à teneur de l'article 65 al. 2 c^{bis} Cst., l'accès à une institution médico-sociale ou à un home adapté aux besoins doit être garanti pour les personnes âgées, au même titre que cet accès doit être assuré par le droit fédéral (selon la LIPPI) à des institutions socio-éducatives, pour les personnes en situation de handicap.

La reconnaissance de l'utilité publique d'un tel établissement, fondée sur la LSP²² (art. 144 ss) et la LPFES²³ (art. 4), constitue l'acte permettant de lui déléguer une tâche d'hébergement et/ou d'assistance.

¹⁶ Art. 25a al. 5 et 50 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10) ; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLF/PERRENOUD, p. 133.

¹⁷ Art. 35 al. 2 lit. k et 39 al. 3 LAMal.

¹⁸ Art. 29 du Règlement vaudois du 28 juin 2006 d'application de la loi du 24 janvier 2006 d'aide aux personnes recourant à l'action médico-sociale (RLAPRAMS ; BLV 850.11.1).

¹⁹ Art. 39 al. 3 et 39 al. 1 LAMal, par analogie.

²⁰ JOSEPH, Concurrence soins, p. 125 ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 250.

²¹ Message RPT II, FF 2005, p. 5831 ss.

²² Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP ; RSV 800.01).

²³ Loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public du 5 décembre 1978 (LPFES ; BLV 810.01).

C. Les relations entre l'État et les institutions privées

1. La délégation des tâches d'hébergement et d'assistance

Les activités d'hébergement et/ou d'assistance en faveur des personnes en situation de handicap ou âgées sont le plus souvent exercées par des institutions privées, ainsi qu'on l'a vu. Dans la mesure où ces tâches relèvent désormais de l'État, plus particulièrement des cantons, les conditions d'une délégation de tâche publique doivent être remplies : conformément à l'article 178 al. 3 Cst, cette externalisation de tâches doit reposer sur une base légale formelle, quand bien même l'activité exercée par l'institution préexistait à la tâche de la collectivité publique²⁴. Les législations cantonales relatives au rôle et aux conditions de reconnaissance des établissements médico-sociaux et socio-éducatifs se sont renforcées ces dernières années, en particulier depuis que la RPT clarifie le rôle des cantons en la matière.

Les modalités d'exercice de ces tâches font le plus souvent l'objet d'un contrat de prestation avec l'institution ; les exigences liées à la tâche découlent toutefois de la loi, en ce domaine étroitement encadré par le législateur. L'acte de délégation aura également pour finalité celle d'assurer un financement par l'État, avec pour contrepartie des contrôles auxquels l'organisme privé devra se soumettre.

L'exercice d'une tâche publique déléguée entraîne pour l'institution privée plusieurs conséquences : tout d'abord, ses relations avec l'État relèveront du droit public ; il s'agit d'établir une collaboration avec les autorités dans laquelle l'établissement privé exécute une activité étatique sous le contrôle de celle-ci²⁵. Ce régime vise notamment le contrat de prestation qui la lie à la collectivité publique, mais aussi celui de la surveillance et des décisions ou actes matériels qui peuvent lui être corrélés. Deuxièmement, les relations de l'institution privée avec les tiers, en particulier les résidents, pourront être soumises au droit public, en tous les cas chaque fois qu'il sera question de l'exécution de la tâche proprement dite ; le régime juridique ne saurait changer de nature en fonction de la personne qui assume une tâche publique. Dans l'exécution de ses tâches, le délégataire engage la responsabilité de l'État, lorsqu'il occasionne des dommages aux tiers par un acte illicite (maltraitance, etc.)²⁶.

²⁴ FAVRE, p. 153.

²⁵ Pour un exemple récent de cette discussion, voir l'arrêt de la Cour administrative jurassienne du 23 avril 2019, ADM 110/2018 + AJ 113/2018, consid. 3.

²⁶ Voir l'art. 3 al. 1 ch. 13 de la loi vaudoise sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (LRECA) (RSV 170.11).

2. L'autonomie des institutions privées et leur surveillance

a) L'autonomie

L'institution privée se trouve au cœur d'une relation triangulaire entre l'État et les résidents. Elle œuvre en quelque sorte comme une plate-forme, se faisant le relais auprès des autorités les demandes et besoins des personnes dont elle a la mission de s'occuper ; dans ce même exercice, il s'agit également pour elle de justifier auprès de son superviseur étatique ses demandes budgétaires, et d'établir à satisfaction la qualité de ses services. Si le principe d'autonomie et de bien-être de l'utilisateur est au cœur de la relation entre l'institution et l'État, la question délicate est celle de savoir où réside l'autonomie de l'institution.

D'une manière générale, une sphère d'autonomie de l'institution doit être ménagée dans les limites fixées par la loi²⁷. Avec la RPT, la plupart des cantons ont remplacé le mécanisme de la garantie du déficit de fonctionnement par un système forfaitaire tenant compte des besoins individuels et dont le montant dépend en principe des prestations à fournir aux clients. Il en résulte que les institutions jouissent d'une certaine marge de manœuvre en ce domaine et doivent s'organiser pour assurer un équilibre entre leurs coûts et leurs prestations ; l'organe de financement des prestations n'intervient plus que rarement dans les affaires courantes, ce qui peut néanmoins être le cas lorsque les normes de qualité ne sont pas respectées²⁸.

En matière de prestations, cette autonomie pourra être plus au moins importante selon les situations. Si l'État oriente de plus en plus les besoins par une planification, une institution socio-éducative reste néanmoins libre, dans une certaine mesure, de se profiler dans les services qu'elle entend offrir ou prioriser. Les places à disposition pour la gestion de cas lourds, comme les situations de multi-handicaps ou les troubles comportementaux importants, pourront se trouver carencées ; un tel scénario pourra inviter l'État à mettre lui-même en place des structures adéquates²⁹. Il est vrai que dans le domaine hospitalier, les établissements autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie de base doivent être listés par le canton et correspondre à une planification ; le régime fédéral de la LAMal conduit par ailleurs les cantons à leur assigner leur mandat³⁰. L'établissement qui refuserait de se plier à une décision cantonale concernant son affectation perdrait son

²⁷ BIAGGINI, N. 6 et 15 ss.

²⁸ SCHMITZ/ZÖBELI, p. 42.

²⁹ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13 ; voir également *infra*, II./C./2.

³⁰ Art. 39 LAMal ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 245.

statut d'établissement sanitaire d'intérêt public ainsi que toute aide financière de l'État³¹. La planification tient un rôle assurément plus important pour les établissements hospitaliers et para-hospitaliers, notamment les établissements médico-sociaux, en raison des conditions posées par l'article 39 LAMal. Il nous paraît difficile d'imaginer une situation aussi tendue dans le domaine de l'hébergement et de l'assistance aux personnes en situation de handicap³², qui nécessitent une diversification importante des services et des structures (petits et grands établissements se côtoient sans se concurrencer). Quoi qu'il en soit, l'activité de planification résulte d'un échange entre les autorités et les prestataires de service³³ ; et le fait que l'offre de prestations puisse éventuellement ne pas couvrir l'ensemble des besoins pourrait conduire le canton à chercher lui-même un fournisseur de prestation ou à créer un tel établissement³⁴, à moins qu'un accord puisse être trouvé avec un autre canton³⁵.

L'autonomie la plus forte est probablement celle qui a trait à l'organisation interne de l'institution (son management, la gestion de son personnel, etc.). Ces aspects ne tombent pas directement sous la surveillance de l'État, sauf lorsque des déficits dans la gestion des ressources humaines sont pressentis et sont de nature à mettre en péril les prestations à accorder ; dans un tel cas, l'autorité de surveillance pourra investiguer sur les questions de gouvernance, dans les limites de la sphère d'autonomie de l'institution.

b) La surveillance

Le pouvoir de surveillance d'une institution délégataire d'une tâche publique dépend du cadre fixé par la loi et du degré d'autonomie laissé aux entités délégataires. La surveillance d'entités externes à l'administration nécessite cependant un cadre légal plus précis que celui lié à la surveillance interne de l'administration, même s'il est généralement admis que dans l'administration de prestations, les moyens de surveillance sont ceux commandés par la bonne exécution de la tâche³⁶. Une base légale est assurément nécessaire, lorsque l'autorité de surveillance est amenée à prendre des décisions ; cependant, il est également admis que l'autorité de surveillance peut prendre toutes les mesures

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié 2P.310/1999 du 9 février 2000, consid. 3b : dans cette affaire, le Conseil d'État vaudois avait demandé à l'hôpital de Moudon de supprimer ses activités de soins généraux et de se transformer un établissement médico-social, ce que l'hôpital avait refusé.

³² Quoique la décision prise, il y a quelques années, de supprimer l'hébergement des personnes mineures sur le site de la Cité du Genève – Fondation Eben Hézer, à St-Légier, relève précisément d'une orientation des besoins par les autorités cantonales ; cet établissement a été fondé en 1969 pour s'occuper des mineurs.

³³ JOSEPH, *Planification hospitalière*, p. 252 ss.

³⁴ En matière hospitalière voir ATAF 2010/15 du 20 avril 2010, consid. 3.

³⁵ Art. 7 al. 2 LIPPI.

³⁶ FAVRE, p. 185 et les auteurs cités.

d'instruction (audits, expertises, etc.) qui lui paraissent nécessaires en lien avec une potentielle décision (par exemple le retrait de l'autorisation d'exploiter), cela sans base légale expresse³⁷. Cette surveillance permet des mesures de substitution, lorsque l'institution n'assure plus le bien-être des bénéficiaires de prestations³⁸. Mais ce contrôle permet, voire requiert également des mesures proactives de soutien, de conseil et de formation, intégrant une participation active des institutions³⁹.

En sa qualité de corporation de droit privé, la personne chargée d'une tâche publique peut faire valoir ses garanties constitutionnelles⁴⁰ et défendre ses droits par la voie judiciaire, soit directement contre la décision, soit en exigeant une décision, lorsqu'elle est touchée dans ses droits et obligations par un acte matériel⁴¹ ; les développements de la jurisprudence relatifs au droit d'accès à un juge – pour toute contestation juridique portant atteinte à des droits et obligations –, déduits de l'article 29a Cst. ou 25a PA, selon les cas, couvrent notamment les situations de surveillance⁴². On notera que les situations d'interventions en justice des organismes privés délégataires de tâches sont rares⁴³, ce qui ne signifie pas que le contentieux avec les autorités de surveillance soit inexistant. Ces questions mériteraient probablement d'être mises à jour, dans une situation où les tensions peuvent se faire plus fortes envers des établissements qui bénéficiaient d'une certaine autonomie avant que leurs activités ne soient totalement intégrées à celles de l'État. Une instance de médiation pourrait être profitable dans un domaine où les conflits incitent le plus souvent à engager des expertises externes.

3. L'acte de reconnaissance

L'acte de reconnaissance d'intérêt public, pour les établissements médico-sociaux⁴⁴, et l'autorisation d'exploiter, s'agissant des établissements socio-éducatifs⁴⁵, constituent des conditions *sine qua non* en vue de l'octroi de subventions.

De ces actes vont dépendre diverses décisions, comme l'agrément du prix de pension d'un établissement médico-social par le département compétent⁴⁶.

³⁷ VOISARD, p. 108 ; OFJ, Avis sur les activités de contrôle, JAAC 70.46, ch. 3.4.2.4.

³⁸ Art. 27 al. 1 LAIH.

³⁹ Art. 10 al. 2 lit. b, c et e LIPPI, notamment.

⁴⁰ Notamment lorsqu'elle supporte un risque financier qui lui est propre (ATF 121 I 218 consid. 2b ; ZBI 95/1994 p. 531, consid. 1a/bb).

⁴¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 395.

⁴² JORDAN/GRODECKI, p. 432 ss ; LARGEY, p. 67 ss.

⁴³ Pour un exemple récent, Tribunal fédéral 2C_1007/2015, du 10 mai 2016 (Institut de métrologie METAS).

⁴⁴ Art. 4 al. 1^{bis} LPFES.

⁴⁵ Art. 24 LAIH.

Les entités privées qui ne respecteraient pas ou plus les conditions légales ne peuvent obtenir la reconnaissance nécessaire pour exécuter une tâche publique ; cela les prive du soutien financier de l'État, mais pas toujours de la possibilité d'offrir leur activité à titre privé. Ainsi, les établissements médico-sociaux peuvent exercer sans être reconnus d'intérêt public⁴⁷, alors qu'il est interdit à une institution socio-éducative de déployer une activité sans l'autorisation d'exploiter⁴⁸.

4. Les obligations corrélée au droit d'accès à une institution

Si l'accès à une institution doit être garanti par l'État, autre est la question de savoir jusqu'où l'institution délégataire est tenue d'admettre d'héberger la personne qui en fait la demande. En fonction des particularités, des difficultés de prise en charge de certains cas et des ressources humaines ou financières à disposition, une acceptation de la requête présentée par la personne intéressée pourra être difficile. Quelles sont les obligations de l'institution dans une telle hypothèse ? Est-il imaginable de contraindre une institution à accepter une demande ?

Dans le Canton de Vaud, la question est clairement réglée pour les établissements médico-sociaux, par le fait que l'article 4 al. 1 lit. b de la LPFES lie la reconnaissance d'intérêt public d'un établissement à l'obligation d'accepter, pour l'hébergement ou pour l'hospitalisation, tout malade que son équipement et sa mission lui permettent de soigner. Elle est nettement moins claire pour les établissements socio-éducatifs. A priori, en l'état des textes légaux, il n'existe pas d'obligation d'accepter des situations que l'institution estime ne pas être en mesure d'absorber ou qui ne correspondent pas au profil des personnes qu'elle encadre. À notre sens, une telle perspective irait à l'encontre des intérêts des personnes en situation de handicap, qui ont avantagé à pouvoir bénéficier d'un panel large de donneurs de prestations ; or, ce spectre serait très vraisemblablement amené à se réduire si l'on devait contraindre une institution à accepter une demande qu'il lui serait difficile de gérer.

D. Les relations des institutions avec le personnel et les tiers

Nous avons vu qu'en tant que délégataires de tâches publiques, les entités privées sont soumises au droit public, dans leur relation avec l'État. Qu'en est-il à cet égard du statut du personnel de ces institutions et de celui des relations avec les résidents ? Ces questions

⁴⁶ Arrêt du Tribunal cantonal genevois, ATA/897/2010, du 21 décembre 2010, consid. 6. Sur l'établissement d'un tarif par arrêté cantonal, dans le Canton de Vaud, voir ATF 129 I 346.

⁴⁷ Art. 4 ss LPFES *a contrario*.

⁴⁸ Art. 3 al. 3 LAIH.

se posent avec une certaine acuité depuis la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et les garanties qu'il convient de donner dans les prestations.

1. Les relations des institutions avec le personnel

La question du statut des relations avec le personnel d'institutions privées exécutant des tâches publiques a suscité maints débats⁴⁹. Un arrêt récent du Tribunal cantonal jurassien⁵⁰ fait également le point à ce sujet et rappelle que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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. Il est cependant admis que si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, lors même qu'elle exercerait des tâches publiques. Son personnel est donc régi par le droit privé. Il en est en principe de même lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but⁵¹. Dans le cas particulier, la Cour jurassienne a conclu à l'existence d'un contrat de droit privé entre l'institution privée – délégataire d'une tâche étatique –, et la recourante – formatrice pour adultes –, au motif que la Convention collective auquel le contrat était soumis ne faisait pas référence à la loi sur le personnel de l'État, et que les parties avaient expressément renvoyé aux règles du CO et de la loi fédérale sur le travail, dans le contrat.

En conclusion, cette qualification pourra varier selon les circonstances, étant entendu que même dans le contexte de ses propres activités, l'État peut recourir au droit privé dans ses relations avec son personnel⁵².

2. Les relations des institutions avec les tiers

a) Le contrat d'hébergement et d'assistance

Par tiers, nous entendons évoquer ici les résidents. Les relations des institutions médico-sociales, des homes et des établissements socio-éducatifs avec les résidents sont réglées essentiellement par les cantons. Les conditions principales du séjour sont généralement fixées par un contrat d'hébergement conclu entre le nouveau résident et

⁴⁹ AUER, p. 206 ss, qui expose les positions de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence de l'époque (2001) parvient à la conclusion que les principaux prestataires de services d'une institution (socio-éducative, dans le cas particulier) sont des agents de l'État et donc soumis au droit public même s'ils sont engagés par une fondation privée.

⁵⁰ Cour administrative jurassienne du 23 avril 2019, ADM 110/2018 + AJ 113/2018, cons. 3.

⁵¹ ATF 142 II 154 consid. 5.2 et les références citées.

⁵² Voir l'arrêt très complet du Tribunal fédéral, 8C_227/2014, du 18 février 2015, consid. 4 et ss et les références citées ; cet arrêt concernait le responsable d'une déchetterie.

l'institution⁵³. Mais le droit fédéral, par l'article 382 CC⁵⁴, a récemment unifié certains aspects de ces relations, lors de la révision du droit de la protection de l'adulte par l'instauration d'un contrat d'assistance⁵⁵. Cette disposition vise les établissements médico-sociaux et les homes⁵⁶ (situation qui peut parfois se recouper avec des institutions soumises à la LIPPI)⁵⁷ ; elle fixe le cadre minimal du contenu du contrat conclu entre une institution d'hébergement et un résident adulte⁵⁸. Le résident peut ainsi intervenir non seulement quant au choix de son lieu de vie (dans la mesure de ses possibilités et de l'adéquation du site), mais également sur la détermination des prestations à fournir (art. 382 al. 2 CC). Ces prestations visent notamment les conditions d'hébergement, l'utilisation des locaux communs, la participation aux activités d'animation, de l'étendue des soins pouvant être administrés, etc.⁵⁹. On notera que les entités privées qui exploitent des institutions pour personnes âgées (fondations, sociétés anonymes, etc.) se dotent souvent d'un règlement qui porte généralement sur les conditions et les formalités d'admission, l'attribution et l'aménagement des chambres, le calcul des prix et des taxes, la sortie (en cas de décès également), et fixe même parfois des principes de prise en charge médicale (libre choix du médecin, soins de haut niveau, etc.).

Le contrat d'assistance ne vise pas les prestations médicales qui peuvent faire l'objet d'un contrat séparé⁶⁰. Ces questions peuvent faire également l'objet du contrat d'hébergement, mais dans le cadre des compétences cantonales⁶¹.

L'article 382 CC ne règle pas l'exécution du contrat ni la fin de celui-ci⁶². Or, précisément, c'est souvent au moment de la fin du contrat que des questions vont se poser, notamment celle du statut juridique d'un tel contrat.

⁵³ Voir notamment l'art. 21 al. 4 de la sur la santé publique vaudoise du 29 mai 1985 (RSV 800.01) et l'art. 4e LPFES ; voir également les références citées par MÜLLER, p. 252.

⁵⁴ Cette disposition prévoit ce qui suit :

«¹ L'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pendant une période prolongée dans un établissement médico-social ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût.

² Les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution.

³ Les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance. »

⁵⁵ Message du Conseil fédéral, Protection de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6672.

⁵⁶ MEIER, N° 1031 et les références citées.

⁵⁷ COTTIER, p. 150.

⁵⁸ MEIER, N° 1028.

⁵⁹ COTTIER, p. 147 et les références citées.

⁶⁰ COTTIER, p. 146 s.

⁶¹ MÜLLER, p. 257.

b) La nature juridique du contrat d'hébergement et d'assistance

Une question essentielle qui se pose est celle de savoir si l'établissement est libre de mettre fin à un tel contrat (qu'il soit fondé sur l'art. 382 CC ou le droit cantonal), alors que le résident ne souhaite pas quitter l'institution. L'enjeu de la qualification n'est pas purement procédural, bien qu'il comporte également une telle composante ; il s'agit en effet de se demander à quelles conditions la rupture d'un contrat peut être entreprise sans compromettre les garanties accordées par la loi aux résidents.

La doctrine qualifie le contrat d'hébergement et d'assistance de contrat mixte, qui lie des prestations hôtelières à un encadrement (un contrat d'usage et un contrat de service). L'institution promet la mise à disposition d'une chambre et de divers services en échange du prix de la prestation⁶³.

Un auteur, qui a eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet récemment, bien qu'hésitant, penche pour une nature de droit public de ce contrat, dans la mesure où il est question d'assurer les besoins en places suffisantes dans des établissements médico-sociaux ou des homes⁶⁴. On notera que dans un avis de droit rendu en 2001, relatif aux relations avec les résidents d'une institution socio-éducative, le Professeur AUER parvenait aux mêmes conclusions⁶⁵. Le Tribunal fédéral a pour sa part laissé cette question ouverte dans une affaire où un résident d'un EMS a vu son contrat d'hébergement (intitulé contrat de bail) être résilié, alors qu'il manifestait l'envie de rester dans l'institution, mais dans une autre chambre. La Haute Cour n'a pas statué sur la nature du rapport juridique (droit public ou droit privé), tout en considérant que l'on ne se trouvait pas dans un « cas clair » pouvant justifier la procédure sommaire d'expulsion du droit civil et qu'il était loin d'être exclu que le droit public soit applicable, compte tenu de la tâche de droit public exercée par le home. L'autorité cantonale avait pour sa part qualifié ce rapport comme relevant du droit public (et avait donc déclaré la procédure d'expulsion non applicable), notamment parce que les frais d'hébergement ne sont pas négociables et que le résident n'a pas droit à une chambre en particulier⁶⁶.

À notre sens dans la mesure où les tâches d'hébergement et d'assistance sont clairement des activités déléguées par l'État, les contrats conclus avec les résidents sous cette appellation relèvent du droit public, même s'ils ont été conclus avec une organisation privée⁶⁷.

⁶² Ce que certains ont déploré lors de la procédure de consultation de l'avant-projet (voir les références citées par MÜLLER, p. 254).

⁶³ MÜLLER, p. 264 s.

⁶⁴ MÜLLER, p. 264 ; COTTIER, p. 148, paraît plutôt retenir la figure du droit privé, tout en admettant que la distinction n'est pas évidente.

⁶⁵ AUER, p. 197.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_176/2012 du 28 août 2012.

⁶⁷ Voir dans ce sens ATF 134 II 297, cons. 2 et 3, Corvatsch Power SARL.

Encore une fois, la forme juridique du donneur de prestation ne joue aucun rôle par rapport aux garanties à donner au résident.

Même si on devait considérer que ces contrats relèvent fondamentalement du droit privé, ils seraient conditionnés par les exigences posées par le droit public à divers égards, de telle sorte qu'au final, les questions de droit matériel applicables seraient les mêmes⁶⁸. Ainsi, le droit du résident à un hébergement et une assistance en institution conditionne la résiliation d'un contrat d'hébergement et/ou d'assistance par l'institution ; même lorsqu'une fin des relations paraît inévitable, il s'agira alors de s'assurer qu'un autre emplacement peut être trouvé pour la personne considérée. C'est là que le canton joue un rôle de garant dans une relation qui ne peut tolérer l'expulsion ni un vide dans l'octroi des prestations.

c) La responsabilité pour acte illicite

À cela s'ajoute que la responsabilité délictuelle, qui peut être engagée en cas de dommage causé à un résident (voies de fait, maltraitance, abus sexuels, etc.), engage également un rapport de droit public. En effet, dans l'exercice des tâches étatiques confiées à l'institution privée, les employés peuvent se voir opposer le régime de la responsabilité de l'État. Dans un tel contexte, ils seraient – au même titre que l'institution – assimilés à des agents de l'État⁶⁹ ! Les situations sont heureusement particulièrement rares, notamment compte tenu des procédures de prévention de ces situations par des contrôles sur le plan interne, ou de la part de l'État.

E. Synthèse

Les relations entre les institutions médico-sociales ou socio-éducatives avec l'État, prennent une certaine acuité, dans l'évolution des tâches d'hébergement et d'assistance, depuis la nouvelle répartition des tâches entre la confédération et les cantons. L'obligation de couvrir les besoins de la population et de garantir un droit d'accès à une institution de son choix oblige l'État à une planification stratégique, dont on ne connaît pas encore pleinement la portée, spécialement s'agissant des institutions socio-

⁶⁸ Nous nous référons à l'ATF 136 II 457, relatif à la compétence de l'autorité de surveillance de la Confédération d'intervenir sur la perception du prix supplémentaire demandé à un voyageur des CFF (Société anonyme de droit public) qui voyageait en première classe avec un billet de seconde classe (« Graufahren »). Selon le Tribunal fédéral, même si le billet de transport relève du droit privé, selon la législation fédérale sur les transports, les dispositions de droit public de cette même loi se superposent à la relation de droit privé. Il en résulte que l'autorité de surveillance de la Confédération est compétente pour inviter les CFF à annuler leur décision relative au surcoût demandé, en tant que celui-ci n'est pas conforme au droit fédéral.

⁶⁹ Art. 3 al. 1 ch. 13 LRECA.

éducatives. L'autonomie de ces institutions s'en trouve amoindrie ; elle pourrait l'être d'autant plus si la planification devait aboutir, comme en matière hospitalière, à une décision d'affectation de l'institution par les autorités cantonales, avec une obligation d'accepter les cas qui se présentent. L'intérêt des résidents est de bénéficier d'une offre variée et étendue, dans un domaine qui n'est pas nettement en concurrence et ne peut vraisemblablement pas l'être. Ces spécificités sont généralement les raisons évoquées pour faire échapper les offres présentées par ces institutions au droit des marchés publics, ainsi qu'on va le voir ci-après.

La situation des établissements médico-sociaux est certes un peu différente : la loi les invite clairement à accepter une demande d'hébergement et d'assistance que son équipement et sa mission permettent de soigner ; mais en ce domaine, les prestations sont relativement standardisées, de telle sorte que la planification doit se préoccuper essentiellement du nombre de lits disponibles.

Le statut juridique du personnel des institutions privées fait toujours débat et nécessite une appréciation de cas en cas. La forme privée de l'institution ne garantit en tous les cas pas que les rapports avec le personnel soient soumis au droit privé, même si tel est le plus souvent le cas.

Les relations avec les tiers (les résidents) relèvent quant à elles du régime de droit public, que ce soit dans les relations contractuelles ou délictuelles, lorsqu'elles sont étroitement liées à l'exécution de la tâche.

II. La mise au concours des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement

A. Généralités

L'une des questions qui se pose consécutivement à l'établissement du statut des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement a trait aux exigences de mise au concours de prestations pour ce type d'institutions.

La qualification de l'activité de ces entités en tant que « tâche de l'État » peut en effet entraîner des conséquences en termes de gestion par les collectivités publiques ; le problème se pose en particulier par rapport à la nécessité d'une mise au concours des prestations relevant de ces domaines, et cas échéant à la forme juridique que celle-ci doit revêtir.

Dans les lignes qui suivent, nous aborderons les cas de figure relevant en premier lieu des établissements médico-sociaux, puis en second lieu des institutions d'hébergement

pour personnes handicapées. Dans cette perspective, nous examinerons en particulier le cas de la collectivité publique « planificatrice » (soit « offreuse de prestations »), et des questions que posent la qualification et le déroulement de la planification ; cette dernière doit-elle être considérée comme un marché public, à la lumière notamment du projet de révision de la loi sur les marchés publics actuellement débattu au Parlement ? Nous ébaucherons à cet égard quelques questions et pistes de réflexion quant aux rapports entre planification et marchés publics.

B. Les établissements médico-sociaux (EMS)

1. La planification hospitalière dans le domaine des EMS

Nous l'avons vu⁷⁰, l'article 39 LAMal, qui s'applique à l'ensemble des cantons, commande à ces derniers d'établir une planification hospitalière afin de couvrir les besoins en soins de leur population⁷¹.

La doctrine a d'ores et déjà examiné en détail la question de la planification en matière hospitalière⁷² ; nous y renvoyons donc s'agissant des buts et modalités de la planification. On mentionnera toutefois que les règles posées par la LAMal et par l'OAMal⁷³ en matière de planification hospitalière sont dans l'ensemble applicables par analogie aux établissements médico-sociaux, ce que la loi a clairement exprimé⁷⁴. Dans le canton de Vaud, la LPFES précise la planification applicable aux établissements sanitaires, qui comprennent également les EMS⁷⁵ ; l'article 1^{er} fixe le but de la loi. Il s'agit en particulier « d'assurer la couverture des besoins et l'accès à des soins de qualité à un coût acceptable pour la collectivité [...] »⁷⁶.

2. Incidences de la planification hospitalière en matière d'EMS

Le processus de planification, de même que ses principales étapes (définition des besoins, appel d'offres, établissement d'une liste et choix des établissements, mandats de prestations), peuvent rappeler le régime qui prévaut dans l'attribution d'un mandat selon

⁷⁰ Voir *supra*, I./B.

⁷¹ JOSEPH, Concurrence soins, p. 125 ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 250.

⁷² Voir en particulier à ce sujet : JOSEPH, Concurrence soins, spéc. pp. 125 ss au sujet de la planification.

⁷³ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

⁷⁴ Voir ainsi l'art. 39 al. 3 LAMal, ainsi que les art. 58a ss OAMal s'agissant des étapes de la planification. Voir également : JOSEPH, Concurrence soins, p. 125, note 696.

⁷⁵ En vertu de l'art. 3a al. 1 *in fine* LPFES, les établissements médico-sociaux sont en effet considérés comme des établissements sanitaires.

⁷⁶ Voir l'art. 1^{er} al. 2 LPFES, ainsi que l'art. 18 LPFES.

le droit des marchés publics. Cela étant, la procédure d'adjudication et la planification hospitalière présentent des différences importantes dans leur mise en œuvre par la loi.

Tout d'abord, le droit des marchés publics se distingue par une construction et une réglementation très formalistes : la législation en la matière règle ainsi presque l'intégralité des étapes de la procédure d'adjudication. Dès lors, bien que la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur soit étendue lorsqu'il s'agit de définir l'objet du marché, puis d'évaluer les offres reçues, cette marge est aussi limitée du fait que la collectivité est tenue au respect des (nombreuses) règles et principes contenus dans la loi : ainsi, le pouvoir adjudicateur est notamment tenu de choisir des critères d'adjudication qui soient « liés à l'objet du marché », ou à tout le moins qui reposent sur une base légale, sous peine de s'inscrire en contradiction avec les buts et principes du droit des marchés publics⁷⁷.

Dans la planification hospitalière, bien que la LAMal et son ordonnance fixent des règles unifiées applicables à l'ensemble des planifications hospitalières cantonales, les cantons demeurent libres d'organiser les modalités de la planification, en suivant le cadre posé par le droit fédéral⁷⁸. S'agissant plus précisément des critères de planification, les cantons sont tenus d'intégrer les critères posés par les articles 58*b* et 58*e* OAMal, qui constituent une base uniforme pour les cantons – ceux-ci peuvent ensuite préciser ces critères ; ils disposent dans ce contexte d'une large marge de manœuvre, puisqu'ils peuvent préciser et compléter les critères de base figurant dans l'ordonnance⁷⁹.

L'article 58*b* al. 4 OAMal prévoit que dans le choix d'une offre devant être garantie par une liste, les cantons doivent « notamment » tenir compte du caractère économique et de la qualité de la fourniture de prestations, de l'accès des patients aux traitements dans un délai utile, ainsi que de la disponibilité et de la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestations⁸⁰. En matière d'EMS, on relève toutefois que la planification doit s'effectuer en fonction des capacités et non des prestations, ce que souligne clairement le texte de l'article 58*c* let. c OAMal ; autrement dit, la planification des cantons devra viser dans ce contexte à garantir un nombre d'établissements suffisant pour assurer une

⁷⁷ Ces buts et principes sont exprimés à l'art. 1^{er} de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), ainsi qu'à l'art. 2 du Projet de révision du 21 juin 2019 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (P-LMP ; FF 2019 4329).

⁷⁸ Soit en l'occurrence par les art. 59*a* ss OAMal ; les différentes étapes de la procédure sont abordées notamment par JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 252 ss.

⁷⁹ JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 253-254 et p. 260.

⁸⁰ Voir également : *Planification hospitalière VD 2012*, pp. 4 et 15. Le canton de Vaud étend notamment le champ des critères en intégrant des exigences liées notamment à la pérennité de l'établissement, aux conditions de travail et rémunération du personnel, ou encore à l'obligation de former. Pour le surplus : TRUEB/ZIMMERLI, p. 65 N 159 ; JOSEPH, *Planification hospitalière*, p. 259.

couverture adaptée des besoins en la matière (nombre de places d'accueil disponibles dans les EMS, notamment).

Ainsi, il s'agira surtout de garantir une capacité d'accueil et d'hébergement suffisante, de même qu'une offre adaptée en termes d'infrastructures, au regard de la situation propre à chaque canton en matière d'EMS ; ce faisant, dès lors que la loi consacre une planification orientée sur les capacités, le système s'écarte à notre sens du droit des marchés publics, qui vise en premier lieu à encourager la concurrence, tout en assurant l'égalité de traitement entre soumissionnaires et la transparence des procédures d'adjudication – cela dans une perspective avant tout économique, les critères se rapportant à d'autres objectifs « secondaires » n'étant admis que sous des conditions restrictives.

Certains auteurs admettent cependant que la procédure de planification telle que définie par l'OAMal et par les cantons, puisse se voir appliquer l'article 2 al. 7 LMI⁸¹ – qui fixe des garanties minimales dans l'octroi de certaines concessions – à défaut du droit des marchés publics⁸².

De surcroît, la planification hospitalière en matière d'établissements médico-sociaux fait l'objet d'une réglementation propre et elle échappe donc aussi, sur cette base, au droit des marchés publics ; il y a en outre lieu de considérer que la planification s'inscrit dans le cadre de la délégation de l'exercice d'une tâche publique⁸³ – la fourniture de soins médicaux et la garantie d'une offre suffisante d'hébergement en EMS – et non dans le cadre de l'acquisition de prestations et d'infrastructures par la collectivité, soit d'une tâche « accessoire »⁸⁴. Ainsi, l'inscription d'un établissement médico-social privé sur une liste, et plus particulièrement, l'établissement d'un mandat de prestations⁸⁵, de-

⁸¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

⁸² Voir ainsi : POLEDNA/DO CANTO, pp. 71 ss (spéc. pp. 73 ss N 4 ss). Voir également : POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI, p. 1893 N 39. TRUEB/ZIMMERLI semblent par ailleurs admettre que des points communs puissent exister entre le régime du mandat de prestations et celui de la concession. Voir à cet égard : TRUEB/ZIMMERLI, pp. 60 ss N 149 ss.

⁸³ En ce sens, plus spécifiquement dans le cas des hôpitaux : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 242-243. JOSEPH précise toutefois que les établissements médico-sociaux sont aussi visés par l'exigence de planification hospitalière ancrée à l'art. 39 al. 3 LAMal ; nous estimons donc que la fourniture de soins médicaux dans le cadre de ces établissements doit aussi être considérée comme une tâche de l'État.

⁸⁴ TRUEB/ZIMMERLI, pp. 66-67 N 162. Ces auteurs relèvent que dans le cas de la planification, l'État agit non pas en tant que « demandeur d'une prestation », mais en tant que « planificateur », ce qui exclut *a priori* l'assujettissement au droit des marchés publics.

⁸⁵ L'établissement du mandat de prestations doit ainsi être considéré comme l'acte proprement dit de la délégation, lorsqu'il lie le canton et un établissement privé. Sur ce point : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 251, 270-273.

vraient donc être considérés comme une délégation de tâche publique et ne devraient pas faire l'objet d'un marché public⁸⁶.

Cette approche a été confirmée par plusieurs auteurs : ainsi, selon TRUEB/ZIMMERLI⁸⁷, la planification hospitalière ne relève pas des prestations assujetties aux marchés publics en vertu de l'AIMP⁸⁸ et de l'AMP⁸⁹. Cette exclusion s'étend à notre sens aux EMS, ceux-ci devant également faire l'objet d'une planification hospitalière⁹⁰.

Certains auteurs soulignent en outre que le fait d'appliquer la législation sur les marchés publics dans le contexte de la planification restreindrait de manière trop importante la marge de manœuvre dont disposent les cantons ; ces derniers seraient en revanche libres de choisir d'assujettir leur planification aux règles des marchés publics ou d'en appliquer certains aspects par analogie⁹¹. Tel ne semble toutefois pas être le cas dans le canton de Vaud, la planification cantonale ne prévoyant pas l'assujettissement au droit des marchés publics de la procédure de planification hospitalière⁹² ; on peut admettre, là encore, que cette situation vaut également pour la planification en matière d'EMS.

3. Assujettissement à l'article 9 P-AIMP ?

La révision de la loi fédérale sur les marchés publics prévoit l'introduction d'une nouvelle disposition qui assujettirait désormais au droit des marchés publics certains types

⁸⁶ Voir pour le surplus ATF 145 II 49, consid. 4.5.1.5 ; dans cet arrêt, le TF confirme que la planification hospitalière, de même que l'inscription d'un établissement hospitalier sur une liste, ne constitue pas un marché public.

⁸⁷ TRUEB/ZIMMERLI, p. 65 N 159.

⁸⁸ Accord intercantonal du 24 juin 1996 sur les marchés publics (AIMP ; BLV 726.91).

⁸⁹ Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP ; RS 0.632.231.422).

⁹⁰ Voir l'art. 39 al. 3 LAMal.

⁹¹ Voir notamment (plus spécifiquement en matière d'hôpitaux) : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 261-262 ; POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI, p. 1893 N 39 (et les réf. citées) ; TRUEB/ZIMMERLI, pp. 65 ss N 159 ss. Plus nuancés sur cette question, reconnaissant que la planification hospitalière présente tout de même des similitudes avec la procédure d'adjudication selon la LMP : POLEDNA/DO CANTO, pp. 82 ss N 27 ss.

⁹² La planification vaudoise prévoit un système fondé sur l'établissement d'une forme d'appel d'offres » publié dans la FAO, puis d'un examen des demandes d'admission complété par un entretien avec les établissements ayant présenté une demande, avant leur inscription sur la liste des prestataires LAMal. Il s'agit dès lors d'une procédure que l'on peut qualifier « d'analogue », dans le sens où elle reprend quelques éléments de la structure des marchés publics, sans pour autant s'appuyer sur les mêmes principes et modalités. Voir pour le surplus à ce sujet : Planification hospitalière VD 2012, pp. 13-14. À titre de comparaison, le canton du Valais prévoit un système similaire à l'art. 7 de l'Ordonnance du 1^{er} octobre 2014 sur la planification et le financement hospitaliers (RS-VS 810.20).

de concessions et délégations de tâches publiques⁹³ ; un équivalent à cette disposition figurerait également dans la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics⁹⁴.

Le Message du Conseil fédéral relatif à cette révision justifie l'introduction de cette disposition en s'appuyant notamment sur le fait que la procédure de délégation de tâches publiques n'est actuellement pas réglée dans une loi, l'introduction des articles 9 P-LMP et 9 P-AIMP visant dès lors à combler cette lacune et à « assurer la sécurité juridique »⁹⁵.

Le Message précise néanmoins que les lois spéciales qui prévoient d'ores et déjà une procédure de délégation seraient réservées ; en l'absence d'une telle loi spéciale, la délégation d'une activité étatique à un prestataire privé devrait alors être assujettie aux règles sur les marchés publics non soumis aux accords internationaux⁹⁶.

L'introduction de cette disposition a d'ores et déjà fait l'objet de commentaires et de critiques dans la doctrine⁹⁷. Nous relevons cependant qu'en matière d'établissements médico-sociaux, deux hypothèses pourraient être posées.

D'une part, on pourrait considérer que ces institutions entreraient dans le champ d'application du nouvel article 10 al. 1 let. e LSu⁹⁸, dont la modification est proposée dans le cadre de la révision du droit des marchés publics. Cette modification vise les cas dans lesquels « une tâche doit être déléguée à une personne de droit privé, que plusieurs soumissionnaires sont à même de l'assumer et que son accomplissement donne lieu au versement d'une indemnité », et assujettit ces cas de figure au droit des marchés publics⁹⁹.

Dans cette première hypothèse, la délégation à des EMS privés bénéficiant de subventions cantonales tomberait sous le coup de l'article 10 al. 1 let. e LSu – dans sa nouvelle teneur, et à supposer que cette révision trouve son équivalent dans la loi vaudoise sur les subventions¹⁰⁰ – et serait dès lors assujettie au droit des marchés publics¹⁰¹ ; ce cas de figure pourrait viser en particulier les institutions de droit privé reconnues d'intérêt public et bénéficiant de subventions en vertu du droit cantonal¹⁰². À noter encore que les

⁹³ Voir l'art. 9 P-LMP.

⁹⁴ Voir l'art. 9 du Projet de révision du 18 septembre 2014 de l'Accord intercantonal du 24 juin 1996 sur les marchés publics (P-AIMP).

⁹⁵ Message CF rév.-LMP, p. 1745.

⁹⁶ Message CF rév.-LMP, p. 1746.

⁹⁷ À titre d'exemples : POLTIER, Nouvelle délimitation ; BEYELER, Revision BöB, p. 146 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 254.

⁹⁸ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (LSu ; RS 616.1).

⁹⁹ Message CF rév.-LMP, p. 1746.

¹⁰⁰ Loi vaudoise du 22 février 2005 sur les subventions (LSubv-VD ; BLV 610.15).

¹⁰¹ En ce sens : Message CF rév.-LMP, p. 1746.

¹⁰² Voir notamment l'article 4 LPFES traitant des conditions liées à la reconnaissance.

dispositions applicables seraient celles concernant les marchés non soumis aux accords internationaux. Ce cas de figure suppose enfin que la modification de la loi fédérale sur les subventions prévue dans le cadre de la révision du droit des marchés publics ait un équivalent en droit cantonal, ce qui n'apparaît pas évident à ce stade de la révision.

D'autre part, dans une seconde hypothèse, on pourrait considérer que la procédure de planification hospitalière prévue aussi bien par la LAMal que par la LPFES en droit vaudois, et applicable par analogie aux EMS, constitue en réalité une « procédure de délégation » en tant que telle d'une tâche publique, d'ores et déjà réglementée aussi bien en droit fédéral qu'en droit cantonal¹⁰³ ; dans ce cas de figure, l'article 9 P-AIMP ne serait pas applicable, les EMS échappant à l'application du droit des marchés publics dès lors que la délégation serait déjà réglementée par le biais de la planification hospitalière.

À notre sens, la seconde hypothèse devrait être préférée : ce cas de figure correspond à la position de la doctrine et de la jurisprudence s'agissant du droit actuel, qui exclut, d'une part, l'application du droit des marchés publics aux délégations de tâches publiques et qui considère, d'autre part, que les procédures d'ores et déjà réglementées par une loi spéciale échappent à l'assujettissement au droit des marchés publics – à tout le moins partiellement. Il y a ainsi lieu de s'en tenir à la situation actuelle, soit de considérer que la planification hospitalière ne devrait pas être soumise au droit des marchés publics, à moins que les cantons n'en disposent autrement dans leur législation.

Pour le surplus, on rappellera pour mémoire que les établissements médico-sociaux eux-mêmes sont quant à eux soumis au droit des marchés publics lorsqu'ils acquièrent des biens ou prestations, ou dans leurs projets de construction, dès lors qu'ils sont considérés comme délégataires d'une tâche publique¹⁰⁴.

¹⁰³ JOSEPH souligne à cet égard que la « planification hospitalière apparaît [...] comme une porte ouverte à une délégation d'activité étatique, soit celle de fournir des soins hospitaliers de base » (p. 251), avant de détailler les étapes du processus de planification qui conduisent à qualifier ce dernier de « délégation d'une activité étatique ». Voir ainsi : JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 251 ss.

¹⁰⁴ En ce sens, voir notamment : POLTIER, *Marchés publics*, p. 69 N 121, ainsi que BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 196 ss N 413 ss ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, p. 58 N 145. Voir également, s'agissant d'hôpitaux figurant sur une liste cantonale : ATF 145 II 49, ainsi que le commentaire de cet arrêt par BEYELER, *Listenspitäler*, pp. 198 ss.

C. Les institutions pour personnes handicapées

1. La planification dans le domaine des institutions pour personnes handicapées

Dans le cas des institutions pour personnes handicapées, on mentionnera tout d'abord que celles-ci échappent au champ d'application de l'article 39 LAMal ; l'application du régime de planification hospitalière et ses rapports potentiels avec le droit des marchés publics, que l'on a exposés précédemment¹⁰⁵, ne peuvent donc pas être transposés tels quels à ce type d'institutions.

Le principe d'une planification en matière de prise en charge des personnes handicapées est ancré en droit fédéral dans la LIPPI, qui prévoit que « chaque canton [doit garantir] que les personnes invalides domiciliées sur son territoire ont à leur disposition des institutions répondant adéquatement à leurs besoins »¹⁰⁶. La loi fédérale fixe donc des principes, que les cantons sont chargés de détailler et de concrétiser dans leurs législations respectives¹⁰⁷.

L'article 10 LIPPI commande plus précisément aux cantons d'arrêter un « plan stratégique » contenant notamment la « planification des besoins du point de vue quantitatif et qualitatif »¹⁰⁸ ; ce plan stratégique est soumis à l'approbation du Conseil fédéral¹⁰⁹. Le canton de Vaud a établi son plan stratégique en juin 2010, afin de répondre aux exigences posées par cette disposition¹¹⁰.

Le rôle du canton vis-à-vis des institutions consacrées au handicap est en particulier « d'assurer aux personnes handicapées l'accès à des prestations répondant à leurs besoins [...] »¹¹¹ ; dans le domaine de l'hébergement, l'État doit notamment s'assurer que la capacité des institutions chargées d'hébergement couvre les besoins en la matière. Il s'agit donc plus particulièrement de veiller à une gestion adéquate de l'offre et de la demande¹¹².

¹⁰⁵ Voir *supra*, II./B./2-3.

¹⁰⁶ Voir l'art. 2 LIPPI.

¹⁰⁷ Dans le canton de Vaud, voir notamment la LAIH. L'art. 22 al. 1 LAIH précise que le département « coordonne et planifie l'activité des établissements socio-éducatifs ».

¹⁰⁸ Voir l'art. 10 al. 2 let. a LIPPI.

¹⁰⁹ Voir l'art. 10 al. 1 *in fine* LIPPI.

¹¹⁰ Plan stratégique handicap VD 2011.

¹¹¹ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

¹¹² Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

Nous avons vu plus haut que cette tâche et cette garantie à accorder aux personnes en situation de handicap découle du droit fédéral (art. 2 et 10 LIPPI)¹¹³.

S'agissant de la planification en tant que telle, le processus suit plusieurs étapes : l'État doit évaluer périodiquement les besoins des résidents et des établissements (nombre de personnes nécessitant un hébergement, nombre de places disponibles ou à créer) pour une période de cinq ans¹¹⁴. À cette évaluation succède une analyse approfondie, qui conduit au maintien de l'offre existante ou, au contraire, à sa réorientation ou au développement d'une nouvelle offre¹¹⁵.

2. Planification en matière d'institutions pour personnes handicapées et droit des marchés publics

Dès lors que la planification de la prise en charge des personnes en situation de handicap constitue une tâche publique, le processus de planification opéré en la matière implique-t-il une mise au concours ? La planification est-elle cas échéant assujettie au droit des marchés publics ?

La principale distinction que l'on peut mettre en évidence par rapport au système de la planification hospitalière – qui, on le rappelle, implique une forme de mise au concours¹¹⁶ – tient à notre sens dans la nature de l'obligation conférée par la loi aux cantons. Dans la prise en charge des personnes handicapées, la loi prévoit que les cantons doivent garantir un accès et un choix suffisants pour les personnes concernées ; ce faisant, ils sont tenus de prendre en compte de manière appropriée l'offre déjà existante, en assurant à la fois la diversité et la complémentarité des prestations proposées par les institutions.

De plus, une partie de ces institutions se spécialise dans l'accompagnement de personnes présentant des handicaps spécifiques, tels que la surdi-cécité, qui ne touchent que très peu de personnes ; certaines prestations ne peuvent dès lors être assurées que par un très petit nombre d'établissements, d'où la nécessité d'une collaboration entre les cantons¹¹⁷. Dans le cas des EMS, au contraire, les prestations d'hébergement peuvent être de nature plus générale et sont ainsi susceptibles d'être assurées par un plus grand nombre d'établissements.

Enfin, on relèvera l'absence de critères tenant au caractère économique des prestations faisant l'objet de la planification selon la LIPPI ; en effet, alors que l'article 58b al. 4 OAMal prévoit, dans la planification hospitalière, que les cantons doivent tenir compte

¹¹³ Voir *supra*, I./A et C./2.

¹¹⁴ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 17.

¹¹⁵ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 20.

¹¹⁶ Sur ce point, voir *supra*, II./B./2.

¹¹⁷ Sur cet aspect : Plan stratégique handicap VD 2011, pp. 36 ss.

du « caractère économique » de la fourniture de prestations, la LIPPI ne comporte aucune disposition équivalente, pas plus qu'elle ne semble consacrer une obligation pour les cantons de tenir compte de considérations économiques dans l'évaluation des besoins. Sur ce point, la planification en matière d'institutions pour personnes handicapées se distancie donc clairement du système prévu par le droit des marchés publics, fondé notamment sur le renforcement de la concurrence et l'utilisation parcimonieuse des fonds publics¹¹⁸.

À la lumière de ces éléments, il apparaît que la mise au concours n'apparaît pas appropriée dans le domaine des établissements socio-éducatifs ; le cadre actuel et le caractère spécialisé de ces établissements conduisent en effet plutôt à considérer l'offre existante proposée par les institutions situées sur le territoire d'un canton. En outre, comme on l'a souligné en matière d'EMS, le canton agit – ici également – en tant que « planificateur » dans la délégation d'une tâche publique à des institutions privées (subventionnées), et non en tant que demandeur d'une prestation relevant d'une tâche accessoire et pouvant être obtenue auprès d'entités privées par le jeu de la concurrence¹¹⁹. Dès lors, l'application du droit des marchés publics devrait à notre sens aussi être exclue pour la planification des institutions pour personnes handicapées.

Cela étant, on peut se demander dans quelle mesure les établissements socio-éducatifs pourraient être concernés par la révision en cours du droit des marchés publics, et être de ce fait assujettis à l'article 9 P-AIMP en tant que délégation de tâche publique ; sur ce point, nous pensons qu'à l'instar de ce que l'on a exposé en matière d'EMS, la question pourrait se poser en cas d'application du nouvel article 10 al. 1 let. e LSu, plus précisément si une modification identique était apportée à la loi vaudoise sur les subventions.

Nous estimons cependant que, dans la mesure où certains types de handicaps peuvent revêtir un caractère spécialisé au point que seul un nombre restreint d'établissements pourrait en assurer la prise en charge, cette situation exclut de fait la possibilité d'une réelle concurrence dans ce domaine ; la planification des cantons en matière de handicap ne devrait dès lors pas être assujettie au droit des marchés publics, même après l'entrée en vigueur de la législation révisée.

En conclusion, on mentionnera pour mémoire l'existence d'une particularité concernant les marchés passés par les collectivités publiques avec des institutions pour handicapés ; ce cas de figure est soumis à un régime particulier, puisque la LMP exclut du champ d'application de la loi les marchés « passés avec des institutions pour handicapés

¹¹⁸ Voir pour le surplus *supra*, II./B./2.

¹¹⁹ Voir *supra*, II./B./2. Dans le domaine de la planification hospitalière, voir également : TRUEB/ZIMMERLI, pp. 66-67 N 162, qui font référence à cette distinction pour justifier l'exclusion du droit des marchés publics de la planification hospitalière.

[...] »¹²⁰. L'Accord intercantonal sur les marchés publics contient une disposition similaire¹²¹.

L'exclusion de cette catégorie de marchés n'a été que très peu commentée ; ni le Message du Conseil fédéral concernant la LMP¹²², ni celui relatif à la révision de cette même loi¹²³, n'apportent en effet de précisions sur ces dispositions. Cela étant, BEYELER précise que ce cas de figure s'inscrit dans le champ plus large d'exceptions résultant non pas de la nature de l'opération en tant que telle – qui pourrait être assujettie au droit des marchés publics – mais en raison de situations particulières justifiant une exclusion du champ d'application de la législation des marchés publics¹²⁴ ; selon cet auteur, les notions « d'institutions pour handicapés » et « d'œuvres de bienfaisance » doivent en outre être interprétées dans un sens très large, susceptible d'englober tous les organismes à but idéal, dans la mesure où ils proposent des services sur une base non commerciale, mais en vue de promouvoir le bien commun en-dehors de toute concurrence¹²⁵. On peut aussi imaginer que les conditions particulières applicables à la formation et à l'emploi de personnes handicapées en ateliers rendent le régime ordinaire des marchés publics difficilement transposable à ce type de prestations, ce qui justifie une exclusion du champ d'application objectif de la législation sur les marchés publics.

D. Synthèse

En définitive, l'implication de l'État dans la gestion des établissements chargés d'assistance et d'hébergement demeure importante, dès lors qu'il agit, dans les deux cas de figure, en tant que planificateur dans la délégation d'une tâche publique – et non en tant que demandeur d'une prestation agissant dans le cadre de tâches accessoires.

¹²⁰ Voir ainsi les art. 3 al. 1 let. a LMP et 10 P-LMP.

¹²¹ Voir les art. 10 al. 1 let. a AIMP et 10 al. 1 let. e P-AIMP.

¹²² Message CF LMP, p. 1221.

¹²³ Message CF rév.-LMP, p. 1749.

¹²⁴ BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 270-271 N 608.

¹²⁵ BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 327 N 710 ss, spéc. pp. 329-330 N 713. Dans le même sens, et de manière plus générale, sur la nécessité d'une mise en concurrence dans le cadre de délégations à des entités privées : MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 251-254. À noter cependant que les contours de la notion d'« œuvre de bienfaisance » demeurent peu clairs et que certaines nuances peuvent être apportées : BEYELER, *Spitex*, pp. 14 ss. Dans ce commentaire de l'arrêt TF 2C_861/2017 du 12 octobre 2018, l'auteur rappelle que le TF avait conclu que l'adjudication de prestations de soins à domicile couvertes par la LAMal entrerait dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics ; en outre, l'exception prévue pour les œuvres de bienfaisance n'était pas applicable lorsque le pouvoir adjudicateur souhaitait adjuger le marché au prix le plus bas, ce qui réduit dans une certaine mesure la portée de l'exception posée par les art. 3 al. 1 let. a LMP et 10 al. 1 let. e AIMP.

Bien que les planifications en matière d'établissements médico-sociaux et d'institutions pour personnes handicapées reposent sur des bases légales distinctes et soient mises en œuvre selon des régimes différents, elles répondent à notre sens à des objectifs proches – garantir un accès suffisant à des prestations, en tenant compte des besoins de certaines catégories de personnes – et s'inscrivent dans des cadres relativement similaires, à savoir un processus de planification.

Dans une perspective comparative, on notera qu'en France, l'organisation et la planification des établissements médico-sociaux (EHPAD) et des institutions pour personnes handicapées suit une logique similaire à celle que l'on a exposée plus haut pour le droit suisse ; ainsi, la création ou la transformation d'un tel établissement subventionné par l'État doit s'appuyer sur un appel à projet, qui fait lui-même suite à une évaluation des besoins réalisée conjointement par l'agence régionale de santé et par le conseil départemental¹²⁶. L'appel à projet se double d'un cahier des charges qui précise les besoins devant être remplis ainsi que les éléments que doit comporter l'offre, notamment en termes de capacités d'accueil. La planification aboutit à l'octroi d'une autorisation, si l'offre présentée par un établissement répond au cahier des charges¹²⁷. Une procédure similaire s'applique aux institutions chargées d'hébergement de personnes handicapées, l'article L. 312-1 du Code français de l'action sociale et des familles assujettissant les EHPAD et les institutions pour personnes handicapées à un régime similaire.

Il apparaît qu'en France également, le choix d'une planification orientée sur les capacités des établissements et résultant d'une évaluation des besoins – notamment sur la base de critères géographiques – semble exclure un assujettissement au droit des marchés publics, ce d'autant plus que les services liés à l'hébergement des personnes âgées et handicapées sont exclus du champ d'application de la « Directive européenne Services »¹²⁸, qui consacre la libéralisation des services au sein du marché intérieur de l'Union. L'exclusion des établissements pour personnes âgées ou handicapées du marché intérieur des services dans l'UE renforce dès lors le rôle de l'État, qui s'inscrit ici à la fois dans un rôle de planificateur (en fonction des besoins et des capacités), et de régulateur.

Ainsi, si la question d'une mise au concours, et cas échéant de l'assujettissement des processus de planification au droit des marchés publics, peut se poser, en particulier dans le cadre de la révision en cours du droit des marchés publics, le cadre légal suisse en matière de planification des institutions chargées d'assistance et d'hébergement nous

¹²⁶ Voir notamment à ce sujet : CNSA-FR, Planification 2010, pp. 37 ss.

¹²⁷ <https://www.ars.sante.fr/lorganisation-de-loffre-medico-sociale> (Agence régionale de santé, Ministère français des solidarités et de la santé ; consulté le 22 mai 2019).

¹²⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (dite « Directive Bolkestein »). Voir en particulier le ch. 27 préamb., ainsi que l'art. 2 de la Directive.

paraît toutefois peu compatible avec une mise en concurrence, compte tenu de la nature des tâches concernées et de l'implication de l'État dans ces processus.

Bibliographie

- AUER Andreas, Le statut de la Fondation PERENE et de son personnel, *RJJ* 2001, p. 187 ss.
- BEYELER Martin, Öffentliche Listenspitäler unter dem Vergaberecht, *BR/DC* 2019 p. 198 ss (cité : BEYELER, Listenspitäler).
- BEYELER Martin, Spitex : caritas aut commercium ?, *BR/DC* 2019 p. 14 ss (cité : BEYELER, Spitex).
- BEYELER Martin, Revision BöB : Harmonie mit Nebengeräuschen, *BR/DC* 2017 p. 145 ss (cité : BEYELER, Revision BöB).
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich/Basel/Genf 2012 (cité : BEYELER, Geltungsanspruch).
- BIAGGINI Giovanni, Art. 187 Cst. in : *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (edit.), Zurich 2014.
- COTTIER Michelle, *La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux*, in : Baddelay/Foex/Leuba/Papaux van Delden (édit.), *Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominiqua Manai*, Genève 2014.
- FAVRE Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou à « caractère ministériel », in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 145 ss.
- FRÉSARD-FELLAY Ghislaine / KAHIL-WOLF Bettina / PERRENOUD Stéphanie, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. III, Berne 2015.
- GALLI Peter / MOSER André / LANG Elisabeth / STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.
- JORDAN Romain / GRODECKI Stéphane, Le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) : une voie redoutable souvent oubliée, *Revue de l'avocat* 10/2018, p. 432 ss.
- JOSEPH Manon, *L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins*, Thèse Lausanne, Lausanne 2019 (cité : JOSEPH, Concurrence soins).
- JOSEPH Manon, La délégation d'activités étatiques : l'exemple de la planification hospitalière, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 241 ss (cité : JOSEPH, Planification hospitalière).
- LARGEY Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels – Considérations à l'aune des développements récents de la jurisprudence, *PJA* 2019, p. 67 ss.
- MEIER Philippe / STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Genève/Zurich 2019.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- MÜLLER Christoph, Le contrat d'assistance en EMS, in : Guillod/Bohnet (édit.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012.

- POLEDNA Tomas / DO CANTO Philipp, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in : Poledna/Jacobs (Hrsg.), *Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld*, Zurich 2010, p. 71 ss.
- POLTIER Etienne, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, *Jusletter* du 18 mai 2015 (cité : POLTIER, Nouvelle délimitation).
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014 (cité : POLTIER, Marchés publics).
- POLTIER Etienne, Art. 2 al. 7 LMI, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2013, p. 1879 ss (cité : POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI).
- SCHMITZ Daniela / ZÖBELI Daniel, Financement des institutions sociales en période de mutation, *Sécurité sociale CHSS 1* 2016, p. 41 ss.
- SCHNYDER Erika, *Les frais financiers des EMS et les Commissions des établissements médico-sociaux dans le Canton de Fribourg – Une approche au travers du district de la Sarine*, État de Fribourg, Grand conseil (édit.), 2018.
- TRUEB Hans Rudolf / ZIMMERLI Daniel, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- VOISARD Stéphane, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2014.

Agence régionale de santé, Ministère français des solidarités et de la santé, <https://www.ars.sante.fr/lorganisation-de-loffre-medico-sociale> (consulté le 22 mai 2019).

CAISSE NATIONALE FRANÇAISE DE SOLIDARITÉ POUR L'AUTONOMIE, Dossier technique – Aide à l'adaptation et à la planification de l'offre médico-sociale en faveur des personnes handicapées vieillissantes, octobre 2010.

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Planification hospitalière cantonale 2012, Juin 2011.

DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ ET DE L'ACTION SOCIALE, DÉPARTEMENT DE LA FORMATION, DE LA JEUNESSE ET DE LA CULTURE DU CANTON DE VAUD, PSH2011 – Plan stratégique handicap 2011, Juin 2010.

Message du Conseil fédéral, du 28 juin 2006, concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (cité : Message du Conseil fédéral, Protection de l'adulte).

Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 ss (cité : Message CF rév.-LMP).

Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC – Cycle d'Uruguay, FF 1994 IV 995 ss (cité : Message CF LMP).

Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie

Le cas des taxis et des pharmacies

Sommaire	Page
Introduction	598
I. Le contingentement administratif du marché dans la législation italienne	599
A. Les raisons, le fondement constitutionnel et les caractéristiques du contingentement administratif	599
B. Les hypothèses typiques de contingentement public du marché	601
1. L'activité privée de la pharmacie	601
2. Le transport public : les taxis et les véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC) et l'utilité sociale des services	604
II. L'équilibre entre le marché concurrentiel et les (anciens) intérêts sociaux face aux nouveaux principes européens	608
III. Le transfert du titre public entre particuliers dans les marchés administrés et à forte utilité sociale et le rôle de l'administration dans le transfert entre particuliers	610
A. Les fondements et les conditions pour le transfert du titre d'exercice de la pharmacie	611
B. Les exigences et les conditions pour le transfert du titre d'exercice de chauffeur de taxi et de VTC	612
IV. Le marché secondaire des titres publics et les risques y relatifs : entre intérêts sociaux et intérêts privés	613
Conclusion	616
Bibliographie	617

* Professeure de droit administratif et de justice administrative à l'Université de Pise.

Introduction

La législation italienne prévoit la possibilité de transférer, entre particuliers, des licences autorisant, d'une part, l'accès au marché des transports à la demande (TAD) et, d'autre part, l'exploitation d'officines de pharmacie.

Le législateur a prévu le transfert volontaire du titre public en vue de l'exercice de l'activité économique privée dans des secteurs ayant une ouverture limitée sur le marché, mais n'a pas établi de règles spécifiques.

Par conséquent, il s'avère important de rechercher la base juridique, les limites et les effets de la circulation de l'acte administratif dans ces secteurs dans la mesure où ils sont encore assujettis à des régimes de contingentement administratif de l'offre et sont soustraits au libre marché.

Certes, le marché secondaire de ces licences répond à des pressions économiques fondées sur l'économie de marché. Toutefois, celui-ci a également une incidence sur les finalités sociales garanties par les contingentements.

Cela a engendré de nombreux problèmes et suscité beaucoup de critiques.

La circulation privée de licences dans ces secteurs qui résistent au marché primaire en raison de la protection d'intérêts sociaux associés aux activités économiques pratiquées, introduit indirectement un nouveau type de marché secondaire.

Or, le marché secondaire, tout comme le marché primaire, doit se développer selon des règles précises que le législateur est tenu d'établir pour assurer le respect d'une concurrence saine.

L'existence d'un marché secondaire des titres administratifs dépourvu d'une réglementation adéquate a des répercussions aussi bien sur la tutelle administrative des valeurs publiques que sur l'application correcte des lois du marché, condition nécessaire aux échanges fondés sur la libre concurrence.

En ce qui concerne la tutelle administrative, la circulation privée des titres publics dépourvue de règles administratives précises ne permet pas d'assurer les finalités sociales de la même façon que sur le marché primaire. En effet, sur le marché secondaire, le nouveau titulaire de la licence administrative n'est pas choisi sur la base d'un recrutement sélectif (voie administrative), mais par un acteur privé sur la base de diverses règles publiques qui ne garantissent pas forcément les compétences et aptitudes du nouveau titulaire.

Quant au second aspect, le manque de règles cadrant le nouveau marché a souvent pour effet d'accroître les bénéfices de la vente du titre et d'augmenter sensiblement les com-

portements anticoncurrentiels ainsi que les coûts de transaction au détriment des consommateurs.

Le régime administratif d'autorisation caractéristique de ces secteurs risque ainsi de perdre sa valeur juridique originelle et d'acquérir une valeur économique pernicieuse pour toute la logique de protection sociale voulue par le système.

I. Le contingentement administratif du marché dans la législation italienne

A. Les raisons, le fondement constitutionnel et les caractéristiques du contingentement administratif

Dans la législation italienne, il n'est pas rare de trouver des exemples d'activités économiques privées exclues aussi bien du libre marché que du jeu de la concurrence et conditionnées, dans leur exercice, par des contraintes administratives lourdes et persistantes liées à une logique de contingentement.

Si le choix de pratiquer une activité lucrative appartient effectivement à l'acteur privé concerné, le service offert par cette activité privée répond, en revanche, à des finalités sociales précises que l'ordre juridique se doit de préserver pour la collectivité. C'est la raison pour laquelle le profil social de l'activité économique exercée par un particulier doit être réglementé par les pouvoirs publics selon des clauses et des modalités précises.

La décision publique de planifier le marché à l'aide d'instruments administratifs en vue d'atteindre les objectifs sociaux liés à l'activité économique privée est adoptée pour protéger la collectivité de l'échec ou de potentielles irrégularités dans le cadre de cette poursuite des fins sociales auxquelles l'ordre attribue une valeur juridique et éthique bien précise.

Le choix législatif de recourir au mécanisme de cloisonnement du marché par un système de contingentement sacrifie la dimension privée de l'activité économique mais garantit l'enjeu social que le libre marché pourrait ne pas assurer.

La planification de l'offre par le biais d'instruments administratifs déterminant de manière précise le nombre global des acteurs admis, les conditions d'admission dans le secteur et les modalités d'exercices de l'activité économique privée représente, sans aucun doute, une dérogation à la liberté d'entreprise et à l'extension du marché ouvert et concurrentiel conformes aux règles européennes.

Afin que cette dérogation soit légitime, une justification juridique s'impose à l'échelle nationale et européenne.

En effet, l'Union Européenne oblige tous les États membres à respecter les libertés fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et n'admet de dérogations aux nouveaux principes économiques communautaires qu'en présence de motivations impératives d'intérêt public à condition que le régime administratif concerné s'avère adéquat, proportionné et indispensable pour atteindre le but d'intérêt public.

Les hypothèses de contingentement administratif prévues par l'ordre juridique italien trouvent leur fondement ainsi qu'une première légitimation directement dans la Constitution de la République italienne, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1948, au paragraphe 3 de l'article 41. Dite norme prévue dans la partie dédiée aux « rapports économiques » est le résultat d'un compromis politique et juridique complexe des différentes opinions des pères constituants. Elle est formée de trois paragraphes distincts qui prévoient respectivement :

- la reconnaissance de la liberté économique des particuliers (art. 41 par.1) ;
- la fixation d'une limite négative de l'application de ce droit en fonction des intérêts considérés comme supérieurs par l'ordre juridique (art. 41 par. 2) ;
- la détermination d'une limite positive d'assujettissement de la liberté économique à des programmes et contrôles prévus par des lois pour assurer les finalités sociales caractérisant l'activité exercée (art. 41 par. 3).

Une lecture conjointe des trois dispositions constitutionnelles est désormais préférable.

Le but de la disposition consiste à reconnaître et garantir un droit, pour l'acteur privé, d'exercer l'activité économique voulue.

Comme toute liberté, et la liberté économique ne fait pas exception, cette dernière ne doit pas outrepasser certaines limites supérieures imposées par le système juridique. En effet, la Constitution italienne admet certaines restrictions à la liberté économique prévues par le législateur afin de s'assurer que l'activité économique concernée réponde aux finalités sociales typiques de la branche.

La disposition constitutionnelle qui prévoit la mise en place, par des lois, des programmes et des contrôles de l'activité économique afin de préserver l'intérêt public de l'activité, exclut, *a priori*, la légitimité d'une contrainte publique visant à nier l'existence même de la liberté reconnue par la première partie de la disposition constitutionnelle.

L'exigence selon laquelle les instruments de programmation et de contrôle de l'activité économique privée doivent être prévus par la loi constitue la condition minimale pour assurer le respect du principe de légalité de la part du pouvoir public.

L'exigence de base légale a également pour but de limiter et contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration quant au degré d'atteinte à la liberté économique privée.

L'existence d'une programmation légitime et publique du marché est justifiée par les objectifs sociaux qui caractérisent l'activité économique entreprise par l'acteur privé.

Conformément à la logique du système adopté par l'ordre juridique italien, il est en effet nécessaire que, suite à la reconnaissance de l'intérêt public lié à une activité économique assurée par des acteurs privés, la législation prévoit une protection de cet intérêt auquel une importance primordiale a été attribuée.

Le choix constitutionnel qui consiste à admettre, par le biais d'une base légale, que l'activité économique privée puisse être dirigée et coordonnée dans un but d'intérêt public moyennant l'assujettissement à des instruments administratifs régulant la quantité de l'offre ou ses modalités apparaît pleinement cohérent avec la logique du système.

L'existence de ces mécanismes administratifs de réglementation du marché répond à la volonté de garantir et protéger les objectifs sociaux d'intérêts supérieurs à la rentabilité économique que le développement du marché libre ne serait pas toujours en mesure d'assurer.

Ces mesures administratives sont légitimes à la condition toutefois qu'elles ne portent pas indirectement atteinte à la liberté économique garantie par la Constitution italienne et qu'elles soient proportionnées aux objectifs sociaux qui doivent être garantis.

B. Les hypothèses typiques de contingentement public du marché

1. L'activité privée de la pharmacie

La nécessité de trouver des médicaments auprès d'officines adéquates, répondant à des exigences de proximité et de service optimal, proposant des produits de qualité à un prix raisonnable et gérées par des professionnels qualifiés constitue un besoin fondamental pour tous.

L'accès à la pharmacie représente une exigence sociale essentielle qui, déjà dans le passé, a été satisfaite par l'exercice d'une activité économique déployée par des acteurs privés chargés de fournir au public des médicaments et des produits de santé dans des établissements *ad hoc* dotés de moyens appropriés.

L'activité privée de la pharmacie représente, à la fois, l'exercice d'une forme d'entreprise générant des bénéfices économiques et l'offre d'un service public direct qui satisfait un besoin social inhérent à la santé de la personne.

Le droit à la santé, exprimé aujourd'hui dans la Constitution italienne, est considéré comme un droit fondamental. Actuellement, l'activité de la pharmacie est incluse dans le programme de santé obligatoire et gratuit et est assurée par un réseau d'officines publiques et privées, réparties sur tout le territoire national sur la base d'une planification administrative et d'un contingentement.

Le pharmacien d'officine revêt donc deux rôles : celui de spécialiste du domaine de la santé et celui d'entrepreneur privé. Une fonction restée inchangée dans le temps et qui, encore aujourd'hui, est à la recherche d'un point d'équilibre.

La législation de base en matière de pharmacie et d'exercice de l'activité y relative est contenue dans la loi n.475 du 2 avril 1968, modifiée à plusieurs reprises.

Les dernières modifications significatives (en 2011, 2012 et 2017) ont eu pour objectif d'améliorer la concurrence.

Dans le cadre du secteur de la pharmacie, il n'y a pas de marché ouvert et concurrentiel.

L'activité économique de pharmacien d'officine caractérisée par une forte vocation sociale implique que le législateur intervienne pour assurer, avec des instruments administratifs pertinents, une présence efficace et une répartition rationnelle des officines de pharmacie sur tout le territoire, évitant que la prévalence des finalités économiques ne compromette le but social.

L'activité de la pharmacie doit être uniformément garantie dans chaque zone géographique, même si le pharmacien n'a aucun intérêt économique à l'ouverture et au maintien d'une pharmacie dans un lieu à faible densité de population ou peu fréquenté.

Par conséquent, l'existence d'un tel service se développant dans le cadre d'un marché concurrentiel et ouvert n'a pas semblé offrir une garantie suffisante pour assurer le respect des objectifs sociaux liés à l'exercice de l'activité de la pharmacie.

Le choix législatif d'instituer un marché administré par l'État a garanti l'équilibre entre le profil économique et le profil entrepreneurial des officines de pharmacie privées et a permis que la distribution des médicaments de qualité soit assurée à travers un réseau étendu d'établissements pharmaceutiques gérés par des professionnels du secteur de la santé.

La programmation administrative, à l'aide d'un plan organique recensant le nombre de pharmacies sur le territoire a permis de fixer le nombre maximum des opérateurs de la santé sur le marché. Une telle programmation ne permet l'ouverture de nouvelles officines qu'en fonction du plan organique en vigueur et décidant ainsi du nombre et du lieu idoines.

Le plan organique opère au niveau communal.

Il fixe la quantité exacte de l'offre du service nécessaire à satisfaire les fins sociales de l'activité de la pharmacie.

Le contingentement délimite le secteur de façon rigide, lui fermant les portes du marché.

Il n'y a pas de concurrence externe puisque que le secteur ne peut s'ouvrir librement au marché et ne peut accepter l'entrée de nouveaux acteurs ayant l'intention de travailler dans ce domaine.

Il existe seulement une légère concurrence interne entre les prestataires admis à œuvrer dans le marché fermé.

Le nombre de pharmacies prévu par le contingentement pour un territoire déterminé doit être tel qu'il assure à tous les pharmaciens titulaires un gain certain.

La garantie d'un revenu minimum assure à ces derniers un bénéfice économique et empêche que les effets de la concurrence ne puissent avoir une incidence négative sur le respect des objectifs sociaux liés à la santé.

Dans le domaine de l'activité de la pharmacie, le libre marché est substitué par un marché administré qui applique des règles très précises. Après avoir repéré les zones territoriales nécessitant une officine de pharmacie, un pharmacien est alors assigné dans chacun de ces territoires.

L'autorisation administrative qui permet aux particuliers d'exercer l'activité économique de pharmacien d'officine est subordonnée, d'une part, à l'obtention d'un certificat d'aptitude délivré par concours public et, d'autre part, à la disponibilité des établissements pharmaceutiques au moment voulu.

Chaque siège vacant (en raison de causes naturelles ou juridiques) est considéré comme libre et peut donc faire l'objet d'une nouvelle affectation.

Le contingentement des officines de pharmacie sur le territoire constitue la première condition nécessaire pour exercer l'activité de pharmacien d'officine à titre privé.

La planification globale de l'offre définit le nombre exact de prestataires admis sur le marché cloisonné.

Les conditions subjectives d'accès au marché cloisonné sont déterminées sur la base d'une sélection publique sur concours de tous les pharmaciens désireux d'obtenir l'autorisation administrative d'exercer.

En fonction du classement obtenu, chaque lauréat se voit attribuer un poste vacant auprès d'une officine de pharmacie.

Le concours public est organisé à l'échelle communale et est réservé aux diplômés en pharmacie ayant obtenu l'autorisation d'exercer la profession de pharmacien.

La sélection publique sur concours permet de repérer les meilleurs sujets.

Le classement établi à l'issue du concours public fournit une liste de pharmaciens autorisés à exercer l'activité privée de la pharmacie auxquels doivent être attribués les sièges vacants prévus par le contingentement.

Ne peuvent devenir titulaires de l'autorisation d'exercer une activité de pharmacien d'officine que les pharmaciens autorisés et lauréats du concours auxquels, en fonction de leur position dans le classement, sera attribué un des sièges vacants.

L'accès au marché cloisonné du service est donc conditionné par une sélection publique qui a pour but de choisir les meilleurs spécialistes.

L'attribution des sièges vacants aux lauréats est effectuée dans le respect du classement jusqu'à épuisement des places disponibles.

Sont exclus de l'accès au service, les pharmaciens qui, de par leur place au classement, occupent une position excédant le nombre de postes disponibles.

Le pharmacien titulaire du droit d'exercer est tenu d'établir son officine dans le périmètre du territoire attribué, à une distance déterminée d'une autre pharmacie déjà présente sur ledit territoire.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi annuelle n.124 pour le marché et la concurrence nationale du 4 août 2017, le titulaire de l'officine ne pouvait être qu'un pharmacien (soit une entreprise individuelle ou sociétaire composée uniquement de pharmaciens). Aujourd'hui, la titularité d'une ou de plusieurs officines de pharmacie peut également être détenue par des personnes qui ne bénéficient pas du titre de pharmaciens.

Le titulaire de l'autorisation administrative doit disposer de locaux et de moyens adéquats pour l'exercice de l'activité autorisée.

Le personnel de pharmacie doit respecter des horaires précis et assurer aux clients, sur la base d'un roulement défini par le conseil communal, une continuité du service même pendant les jours fériés et durant la nuit.

En ce qui concerne les prix pratiqués dans la vente des produits sanitaires pour lesquels une ordonnance médicale n'est pas obligatoire et qui ne sont pas remboursés par le système de santé national, une marge de rabais prédéterminée est imposée.

2. Le transport public : les taxis et les véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC) et l'utilité sociale des services

Le besoin de mobilité des individus dans les territoires urbains ou périurbains représente une exigence sociale quotidienne.

La nécessité de répondre à la demande des besoins en transport dans le strict respect des conditions de sécurité constitue une prérogative essentielle d'intérêt public liée à la fourniture du service.

Avec l'accroissement des distances à parcourir et l'augmentation des exigences d'interconnexion entre les lieux et les personnes, la demande d'un service de transport public local alternatif au transport public en commun, mais effectué dans les mêmes conditions exigeantes de qualité et de sécurité, a augmenté de façon exponentielle.

Aujourd'hui, le besoin de mobilité, en plus du transport en commun, est satisfait par les taxis et par le service des véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC). Ces deux moyens de transport sont institués par la loi nationale n.21 de 1990. Par le biais des services de taxis et de VTC, des prestataires privés, exerçant une activité économique lucrative mais à forte finalités sociales, fournissent à des individus une prestation de transport par l'utilisation de moyens propres spécialement conçus à cet effet, moyennant rémunération.

Les services offerts par les taxis et les VTC sont de nature différente.

Toutefois, ils se retrouvent tous deux dans un secteur à *numerus clausus* et programmé publiquement. Le prestataire économique privé ne peut exercer que s'il possède une autorisation administrative accordée en fonction de la demande globale prévue par voie administrative.

Outre la planification quantitative qui régule l'entrée des prestataires sur le marché, l'activité économique du particulier est régie par des règles publiques qui entravent fortement la liberté économique.

Le contingentement du niveau global de l'offre commun au secteur du service des taxis et des VTC est justifié par les finalités sociales auxquelles l'activité économique privée se doit de répondre.

La protection de la valeur sociale liée à l'activité du transport privé est assurée par l'existence de règles publiques spécifiques qui garantissent aux usagers une transparence dans l'exécution du service, une couverture étendue et adéquate à tout moment, une qualité de l'offre élevée (le professionnalisme du prestataire de service est certifié par une inscription au registre des conducteurs et subordonné à l'obtention d'un diplôme attestant la réussite du concours public) et le respect de toutes les règles de sécurité dans le domaine du transport (contrôle technique constant des moyens utilisés par des garages agréés).

Le service de taxi se distingue, à l'intérieur de la catégorie des transports privés, par l'existence de contraintes majeures par rapport à celles qui sont imposées au service de VTC, consolidant ainsi de façon indirecte sa nature de service public.

Le service de taxi est destiné à tous les usagers et doit garantir une offre de transport continue, à des conditions stables, moyennant une rémunération réglementée dont le montant est fixé chaque année par arrêté administratif afin d'éviter les abus et les inégalités.

La nécessité que toutes les zones urbaines et périurbaines soient desservies par un prestataire qui ne peut refuser d'effectuer sa prestation en raison du manque éventuel d'accessibilité de la zone, du coût du service ou de l'horaire peu convenant est satisfaite par une programmation administrative du marché précédemment établie qui contraint la région et la commune à disposer d'un contingent de licences délivrées sur le territoire ainsi que d'une grille tarifaire prédéfinie.

La fixation générale de l'offre en relation avec les besoins à satisfaire dans un territoire circonscrit est calculée par le biais d'un procédé administratif complexe de planification.

Il quantifie le nombre de licences à délivrer en fonction du territoire qui deviendra le lieu d'exercice de l'activité privée.

Toutes les autorisations comprises dans la planification globale du service sont délivrées sur concours public.

Le concours public sélectionne les prestataires sur la base de leurs qualifications et aptitudes en vue de leur délivrer les licences.

L'estimation quantitative de la flotte des véhicules pour chaque territoire communal conditionne le plafond des offres.

Cette planification globale peut faire l'objet de modification ou révision. Toutefois, les interventions sur la planification en cours sont généralement très rares.

La rétribution du service est calculée sur la base de critères définis par arrêté administratif. Les tarifs doivent être affichés afin que le client puisse en prendre connaissance avant le début de la course.

Le calcul du tarif applicable à chaque course est effectué à l'aide d'un instrument technique comme le taximètre dont chaque véhicule est doté.

De manière générale, la prestation de service se déroule dans un périmètre territorial restreint tel que le territoire communal.

Le tarif tel qu'il est réglementé garantit un équilibre entre le nombre de prestataires présents et la quantité de la demande à satisfaire : la fixation des tarifs par l'État permet aux opérateurs privés d'obtenir un rendement raisonnable de leur activité économique et aux usagers de pouvoir disposer d'un service à un prix inférieur au coût réel, sans risques de spéculation.

Quant au service de VTC, lequel fait également partie d'un marché cloisonné et contingenté dans la mesure où la quantité des licences est fixée par arrêté administratif, ce dernier présente toutefois des spécificités bien différentes.

L'autorisation d'exercer s'acquiert par concours et présuppose une inscription au registre des conducteurs. Elle donne la possibilité de gérer les horaires en accord directement avec les clients et ne prévoit pas la mise en place d'un système permettant d'offrir un service en permanence défini administrativement.

Le prix de la course est convenu entre les parties et le service peut être effectué en dehors du territoire communal.

Chaque prestataire est libre de faire de la publicité de sa propre activité et le contact avec le client est géré librement.

Le service de taxi ne peut être exercé que par des prestataires inscrits à l'ordre des conducteurs et titulaires de l'autorisation administrative.

L'inscription à l'ordre des conducteurs n'est possible que si l'opérateur privé remplit un certain nombre de conditions requises par la loi et s'il a réussi l'examen public obligatoire.

La titularité est obtenue après réussite du concours public mis en place par la commune en fonction du nombre d'autorisations nécessaires prévues dans le cadre du contingent.

Le recrutement sur concours a pour but d'effectuer une sélection des meilleurs chauffeurs remplissant les conditions requises par la loi et inscrit à l'ordre des conducteurs.

Les lauréats du concours contingenté se voient délivrer l'autorisation d'exercer.

Le concours consiste en une épreuve écrite et une épreuve orale-pratique. Le candidat est évalué par une commission technique qui rendra une note. Dans ce cadre, les candidats les plus performants seront choisis.

Chaque mairie établit les modalités et les règles de déroulement du concours.

L'attribution de l'autorisation d'exercer permet au prestataire d'exercer sa propre activité en suivant des règles publiques précises.

La réglementation publique régle les horaires de travail et les roulements des courses par la mise en place d'un système de réponse automatique centralisé suite à la demande de service faite par le client.

L'organisation du travail quotidien en équipe permet d'offrir un service en permanence, en fonction du degré d'intensité de la demande.

La sélection automatique du prestataire disponible, effectuée sur une base aléatoire du système public d'appels, permet de répartir le travail de manière équitable entre tous les opérateurs en service, évitant que les prestations effectuées ne se concentrent entre les mains de quelques opérateurs.

La publicité personnelle est interdite, tout comme le fait de charger directement un client dans la rue.

Le prestataire appelé à effectuer son service ne peut refuser une course sans motivation légitime, la profession étant régie par la loi.

Les prix pratiqués sont fixés par l'administration. D'éventuels suppléments ou majorations sont possibles si le règlement les admet.

Le taxi doit se distinguer des autres véhicules en circulation par des signes de reconnaissance.

Les obligations prévues pour les taxis ne s'appliquent pas aux VTC.

Les rotations n'existent pas, il n'y a pas non plus de système de sélection automatique du chauffeur. Ce dernier peut faire sa propre publicité et contacter directement le client. Il n'est pas tenu de respecter une tarification administrative.

Les VTC ne disposent pas de signes de reconnaissance particuliers, ils sont donc moins visibles.

II. L'équilibre entre le marché concurrentiel et les (anciens) intérêts sociaux face aux nouveaux principes européens

L'existence, dans les différents systèmes juridiques des États membres, de secteurs dans lesquels la prestation de service d'un particulier est soustraite au libre marché et dans lesquels l'exercice de l'activité privée est encore fortement réglementée, a suscité une attention particulière de la part du législateur européen et de la Cour de Justice qui, à de nombreuses occasions, ont imposé l'introduction de mesures pro-concurrentielles en attente d'une libéralisation du marché.

En ce qui concerne la libre prestation de services, le législateur communautaire est intervenu afin d'obliger les États membres à uniformiser leurs propres législations selon les règles introduites par la Directive Bolkestein, diversement adoptées par les systèmes juridiques nationaux : en Italie dite directive a été tardivement entérinée par la loi n.59 de 2010.

Il sied toutefois de relever que la Directive 223/2006/CE excluait déjà l'application de la norme d'harmonisation de la libre prestation de service à ces secteurs, objets d'un contingentement administratif justifié par des motivations impératives d'intérêt général et non fondé sur des raisons économiques.

En effet, la pharmacie ainsi que le transport par taxis et par VTC étaient exclus du champ d'application des normes d'harmonisation dans la mesure où ils avaient des finalités d'intérêt général.

L'existence de buts sociaux particuliers nécessitant des instruments publics de protection a permis aux États membres de maintenir des marchés cloisonnés, usant de mécanismes de contrôle et de planification quantitative de l'offre, imposant ainsi un régime contraignant en mesure d'influencer la dimension économique privée.

Ce protectionnisme en matière de l'activité de la pharmacie ainsi que de transport par taxi et par VTC, portant atteinte à la liberté économique, trouve une justification dans le fait que les objectifs sociaux qu'ils servent méritent des garanties ainsi qu'une protection.

Les interventions de la Cour Européenne et de la Cour Constitutionnelle dans les controverses concernant l'absence de concurrence dans les deux secteurs examinés ont mis en évidence la légitimité de la tutelle publique, dont celle-ci a été définie comme étant raisonnable, nécessaire, utile et proportionnée aux finalités sociales qui doivent être protégées et ont conclu que les deux systèmes nationaux de contingentement de l'offre doivent survivre dans la mesure où les règles du marché libre et ouvert n'ont pas su satisfaire ce besoin social typique de l'activité économique exercée par le privé.

Du reste, l'absence de normes européennes d'harmonisation dans les secteurs de la santé et du transport publics a confirmé la volonté commune de soustraire ces domaines aux politiques publiques européennes. En effet, dans ces secteurs, la logique du marché devrait s'affirmer avec prudence en raison de l'existence de finalités sociales fondamentales qui n'ont pas encore trouvé un fondement autonome dans les Traités UE et dans la Constitution européenne (par ailleurs jamais adoptée).

La définition de l'entité et de la portée de la finalité sociale liée à l'exercice de l'activité économique de la pharmacie et du transport par taxi et par VTC est laissée à la discrétion des États membres : sur le plan communautaire, seule existe la limite de la non exclusion radicale du principe de la concurrence et de la vérification de la proportionnalité aux fins sociales des mesures de cloisonnement du marché.

III. Le transfert du titre public entre particuliers dans les marchés administrés et à forte utilité sociale et le rôle de l'administration dans le transfert entre particuliers

La possibilité de transférer, entre particuliers, le titre administratif exigé pour l'exercice de l'activité économique privée est prévue par la loi aussi bien dans le cas de la pharmacie que de celui du transport par taxis et par VTC.

Le législateur considère que le titulaire de l'autorisation d'exercer qui a obtenu la mesure administrative requise pour lancer l'activité, après sélection sur concours et qui a franchi les barrières du marché fermé, dans la mesure où cet acte faisait partie du contingent numérique déterminé publiquement pour tout le secteur, peut céder à un autre particulier son titre public.

L'aliénation du titre public d'un cédant à un cessionnaire privé possédant, cas échéant, les mêmes caractéristiques que le prestataire sortant est libre. C'est le cédant, et non l'administration publique, qui choisit la personne à qui il souhaite vendre son titre.

Ce transfert peut se faire du vivant du cédant ou dans le cadre d'une succession suite au décès du titulaire.

Tout transfert privé du titre public doit être formalisé sur le plan administratif.

Toutefois l'administration n'est tenue que de vérifier, d'une part, l'existence des conditions requises par la loi pour le transfert de la mesure administrative et, d'autre part, si toutes les conditions établies par la loi sont remplies mais ne peut en revanche interdire le transfert du titre public.

L'administration vérifie que le transfert s'effectue dans le respect des conditions légales mais elle n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'évaluer le bien-fondé et l'opportunité du passage au nouveau prestataire.

L'intervention de l'administration est indispensable pour parfaire le dossier du transfert. Toutefois, en présence de toutes les conditions légales requises, elle ne peut pas se prononcer sur la validité d'un accord de cession entre particuliers, ne pouvant évaluer de façon autonome les raisons et les effets du choix du transfert sur l'utilité sociale de l'activité économique.

Le transfert du titre public de l'exercice d'activité de pharmacie, de transport par taxi et par VTC est admis par la loi à des conditions spéciales définies par le législateur.

Il est exclu qu'un simple accord entre acteurs privés ne puisse suffire à valider automatiquement le transfert du titre dans la mesure où la cession de la titularité doit toujours être

formalisée par une mesure administrative qui contrôle la régularité de l'accord privé. Cette étape administrative est obligatoire et suit des modalités précises.

La loi oblige l'administration à répondre à la demande de transfert du titre public entre les acteurs privés et définit les effets du résultat positif du contrôle public effectué.

La vérification de l'accord privé, bien que nécessaire pour l'aboutissement du transfert, ne constitue pas un exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration mais un contrôle public vérifiant le respect des conditions et des fondements légaux.

Il est également exclu que l'administration se prononce sur le contenu de l'accord.

A. Les fondements et les conditions pour le transfert du titre d'exercice de la pharmacie

Dans le cas de l'activité pharmaceutique, le législateur prévoit que la titularité d'une officine de pharmacie, passé le délai de cinq ans à partir du moment de l'acquisition, doit avoir lieu avec :

- un pharmacien lauréat du concours public mais pas forcément détenteur d'un poste ;
- un pharmacien qui a déjà fait deux ans de pratique professionnelle certifiée dans une officine publique ou privée.

La possibilité d'accéder au secteur par le transfert du titre permet aux pharmaciens intéressés d'acquérir la titularité malgré le contingentement prévu dans ce domaine.

L'absence de révision périodique de l'organigramme implique que le nombre global des pharmacies sur le territoire n'est pas mis à jour fréquemment.

En présence d'un marché cloisonné, si le transfert du titre entre acteurs privés n'a pas lieu (notamment en raison de décès, du souhait d'interrompre l'activité ou de l'atteinte de l'âge limite), ledit titre doit être réattribué par l'administration, soit par un nouveau concours, soit sur la base du classement du concours précédent.

Dans un secteur aussi rigide, la possibilité de transférer le titre public d'un pharmacien à un autre est devenu aujourd'hui le moyen habituel de renouveler le secteur et l'offre.

La possibilité de transférer la titularité de l'officine de pharmacie est liée à la valeur économique de l'activité : si la pharmacie était une entreprise quelconque active dans le marché libre, l'on pourrait difficilement empêcher sa circulation entre sujets privés.

À ce propos, afin d'éviter toute spéculation, la loi interdit de céder la licence indépendamment de l'officine.

Si, dans les deux ans après le transfert, le cédant souhaite acquérir la titularité d'une nouvelle licence d'officine, il n'a pas besoin de se présenter au concours public. Passé ce délai, il devra de nouveau obtenir une autorisation par concours public ou présenter un certificat de pratique professionnelle.

L'ensemble des conditions légales à respecter dans le cadre du transfert de la licence sont certes formalistes, toutefois ces dernières offrent des garanties minimales en vue d'orienter le choix du nouveau titulaire en fonction de son niveau de professionnalisme.

En effet, dans la mesure où la loi n'impose aucunement de choisir le premier du classement au concours, le nouveau titulaire peut ne pas être le pharmacien qui a obtenu le meilleur score.

En outre, l'autorisation obtenue par le certificat de pratique professionnelle n'atteste pas nécessairement d'une préparation adéquate à la profession.

B. Les exigences et les conditions pour le transfert du titre d'exercice de chauffeur de taxi et de VTC

Le transfert privé du titre d'exercice de chauffeur de taxi est admis par la loi à certaines conditions et en présence de certains postulats.

Le titulaire qui veut céder l'autorisation administrative, à titre onéreux, en dehors de la sélection publique doit choisir le futur titulaire parmi les sujets inscrits au registre des chauffeurs, lesquels doivent remplir toutes les conditions légales pour pouvoir exercer l'activité cédée.

La cession à titre onéreux peut se faire pour cause de décès ou par acte volontaire entre vivants.

Dans le premier cas, la loi définit les conditions de succession de la titularité de la licence en faveur des héritiers ainsi que les modalités de cession à une tierce personne de la licence héritée.

Dans le second cas, la loi admet la cession volontaire entre vivants aux conditions alternatives suivantes :

- a) le titulaire a obtenu l'autorisation depuis au moins cinq ans ;
- b) le titulaire a atteint l'âge de 60 ans ;
- c) le titulaire est atteint d'une incapacité permanente ou n'est plus autorisé à proposer ses services pour cause de maladie, accident ou en cas de retrait définitif du permis de conduire.

La cession ne peut concerner que le sujet qui est en possession de la licence.

Celui qui a cédé sa licence d'exercice ne peut pas en obtenir une nouvelle par un concours public. Celui qui souhaite acquérir une licence par transfert, ne peut le faire pendant une durée de cinq ans.

IV. Le marché secondaire des titres publics et les risques y relatifs : entre intérêts sociaux et intérêts privés

Le transfert entre acteurs privés de la mesure administrative autorisant l'exercice d'une activité économique privée crée un marché de titres privés.

Il s'agit d'un marché secondaire, qui échappe, en ce qui concerne ses aspects les plus délicats, à la réglementation publique.

La loi, en effet, se limite à dicter les postulats et les conditions nécessaires au transfert du titre entre les parties, mais ne résout pas les problèmes qui naissent des effets de la circulation d'une mesure administrative qui doit (ou plutôt... devrait !) protéger les finalités sociales typiques d'une activité transférée.

L'administration publique ne peut pas bloquer un accord de transfert entre acteurs privés si toutes les conditions légales sont respectées.

Le pouvoir administratif n'est pas en mesure d'avoir une incidence sur l'opportunité et sur les effets de l'accord de transfert privé puisque la décision de transfert de la titularité se limite à recevoir, sans la modifier, la volonté des acteurs privés.

Le titre public correspond à un acte administratif qui a pour but de garantir que l'exercice de l'activité économique assure, par son accomplissement, l'utilité sociale.

L'autorisation d'exercer l'activité de pharmacie ou de transport par taxis a une fonction causale : l'existence d'un marché administré, le maintien de l'offre de service à un certain quota, l'entrée dans le secteur par concours public, répondent à la logique précise de préserver ces secteurs du jeu de la concurrence ouverte et libre dans des marchés où l'utilité sociale est un élément essentiel de l'activité exercée.

Dans ce contexte, la possibilité de transférer l'acte administratif par accord privé alors que celui-ci est soumis à une protection des finalités sociales de chacune de ces activités, n'assure plus le respect des conditions publiques considérées comme adéquates pour permettre la meilleure réalisation possible de l'objectif social.

L'existence des différentes mesures contraignantes qu'exerce l'administration publique sur une activité privée ne se justifie que par son rôle de gardien des objectifs sociaux.

Lorsqu'est confié à l'acteur privé le choix du nouveau titulaire appelé à œuvrer dans un marché dicté par le respect de finalités sociales, le risque que cette valeur sociale originale ne soit pas ou peu protégée est très élevé.

La cession du titre public, à l'origine délivré gratuitement par l'administration à un titulaire privé qui a gagné un concours public, est, dans le marché secondaire entre parties privées, toujours monnayée.

L'entrée du nouveau titulaire choisi par le prestataire sortant est subordonnée à la conclusion d'un accord entre ceux-ci fixant le montant à payer pour le transfert.

La compensation à verser pour pouvoir entrer en possession de la titularité publique de l'exercice d'une activité économique devrait, cependant, tenir également compte de la forte valeur sociale de l'activité transférée.

Il apparaît réducteur de calculer le coût (compensation) de la cession uniquement sur la base des paramètres d'exploitation de l'activité cédée puisqu'en plus de sa valeur économique, l'activité a une valeur « immatérielle » représentée par l'utilité sociale qu'elle recouvre.

La détermination du montant à attribuer à la valeur économique inhérente aux finalités sociales de l'activité exercée est sûrement l'aspect le plus complexe du calcul de la compensation demandée.

Le calcul de la valeur du titre public cédé par le prestataire sortant, bien qu'il ne prenne pas en compte les finalités sociales, ne suit pas les schémas formels communs : le législateur n'a jamais prévu de paramètres publics auxquels les opérateurs pourraient se référer. En outre, il n'existe aucune autorité préposée à contrôler la conformité de la valeur requise par les parties privées sortantes.

En conclusion, le transfert légal du titre public valorise le profil économique de l'activité privée dans un contexte juridique où, au contraire, la protection publique des intérêts sociaux est plus forte que la protection de la dimension économique.

La plus malheureuse des conséquences réside dans le fait que l'accord de transfert entre acteurs privés ne tend pas à céder la titularité au meilleur professionnel, mais plutôt à faire circuler un titre public dans un but lucratif et d'enrichissement personnel.

Le transfert du titre, en effet, est généralement onéreux et le but principal du prestataire sortant est celui de céder le titre public au prix le plus élevé possible, n'ayant aucunement le souci de vérifier si le nouvel acquéreur est effectivement la personne la plus indiquée pour mener l'activité économique dans le respect de son utilité sociale.

Dès lors, un choix privé qui n'est pas forcément cohérent avec la fonction d'utilité sociale menée par le service économique peut avoir des effets négatifs sur toute la collectivité qui se verrait proposer une prestation de qualité médiocre.

La conclusion de l'échange du titre sur un marché secondaire que le législateur, dans ces secteurs, n'a pas encore réglementé, contraint souvent les nouveaux titulaires à un achat onéreux, fortement déséquilibré.

La pénurie de titres publics augmente de façon exponentielle la valeur économique des titres existants.

En l'absence d'instruments de régulation publics de la valeur économique d'un titre relatif à un secteur à forte implication sociale, le prix en vue d'en obtenir la titularité est défini par le vendeur.

L'ancien titulaire, conscient de la rareté du bien en circulation, en profite en déterminant une valeur économique élevée, en fonction du revenu acquis.

Ce dernier a donc intérêt, d'une part, à obtenir un montant maximum lors de la vente de son propre titre et, d'autre part, à maintenir élevée la valeur économique du titre pour ne pas nuire financièrement aux autres titulaires qui opèrent dans le secteur.

Dans le montant du prix de cession, des coûts de transaction élevés sont souvent inclus, lesquels finissent par être imputés et payés par les utilisateurs finaux du service, selon des modalités variées.

La détermination du prix de cession subit également une forte influence de la part des puissantes associations actives dans le domaine concerné qui ont tout intérêt à consolider leur propre rente d'argent. Si le cours du titre était trop bas, l'annuité de position disparaîtrait.

Le nouvel acquéreur a peu de poids dans le cadre de la conclusion de l'accord de cession. Ce qui a pour conséquence que le titre public est transféré sur la base de considérations financières seulement, indépendamment et sans égard à son niveau de professionnalisme.

L'acquéreur lui-même se trouve contraint d'accepter des conditions de transfert, qui, dans un marché concurrentiel, seraient plus flexibles et pourraient être contrôlées par des mécanismes de protection permettant de faire correspondre le prix d'acquisition à la valeur réelle du bien et non à la force économique du vendeur.

Conclusion

Le transfert privé du titre public dans les secteurs où le marché est cloisonné en raison de la protection de valeurs sociales importantes s'avère être un élément qui nuit à la logique du système.

L'accroissement progressif du transfert de titres entre acteurs privés permet une entrée dans le marché soumis à un *numerus clausus* alternative au concours.

L'absence de règles spécifiques pour le transfert de la titularité entre prestataires privés affaiblit la valeur originelle de l'acte administratif.

La déconstruction juridique de la valeur attribuée par le système juridique au titre public visant à protéger l'utilité sociale, augmente son poids économique, mais nuit à la fonction sociale dans laquelle il est ancré.

De la valeur juridique de la mesure pour l'exercice d'activités particulières ayant des implications sociales, nous passons à une exaltation de la valeur économique du titre public.

Le transfert privé de la disposition administrative sans système adéquat de règles publiques produit des effets négatifs également sur les particuliers dans la mesure où le marché secondaire non régulé peut devenir anticoncurrentiel : les effets négatifs de la logique de rendement et les répercussions de la position de force des vendeurs sur le prix du titre ont une incidence sur la valeur économique de l'échange, contraignant le nouvel acquéreur à accepter des conditions souvent déséquilibrées par rapport à celles qu'offre le marché primaire.

Les nombreuses dysfonctions générées par la circulation du titre public invitent le législateur à revoir le dispositif en place.

La nécessité de mieux coordonner le transfert et les objectifs sociaux de l'activité gérée par le particulier jouissant de l'autonomie contractuelle, suggère de futures interventions législatives qui pourraient aller dans la direction opposée.

Si le choix politique de conserver le transfert du titre public est maintenu au motif que celui-ci est lié à une activité économique qui peut circuler entre acteurs privés, il serait judicieux de repenser à un système spécifique de règles publiques afin de protéger l'utilité sociale sous-jacente aux services prestés par le particulier à la collectivité, autrement le profil économique risque de nuire à la fonction sociale d'origine.

Le système de réglementation publique devrait également s'assurer que les échanges de titres entre les acteurs privés se déroulent dans des conditions d'équilibre entre les parties et sans altération des mécanismes concurrentiels du marché.

Si, en revanche, la possibilité de transférer ces actes était remise en cause, dite circulation du titre public pourrait être éliminée soit par l'introduction du transfert dudit titre, soit par l'extinction de l'acte administratif suite à la libéralisation complète du marché.

Bibliographie

Constitution, contingement administratif, marché, concurrence

- AMATO G., Il mercato nella Costituzione, *Quad. cost.* 1992, 17.
- AMATO G., La nuova Costituzione economica, in : Racananeo/Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Il Mulino, Bologna 1998, 13.
- BACHELET V., Legge, attività amministrativa e programmazione economica, *Giur. Cost.* 1961, 917.
- BARTOLOMEI M., *Rapporti economici e garanzia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1979.
- BASSI F./CUGURRA G., Corte costituzionale ed iniziativa economica privata, in : N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologna 1978, 77.
- BOGNETTI G., L'assemblea costituente e le libertà economiche, in : S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. II, Laterza, Bari, 2006, 177.
- BUZZACCHI C., Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale, in : U. De Siervo (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2001, 59.
- CARABBA M., Programmazione economica, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1987, 111.
- CARIOTA FERRARA L., Osservazioni sull'iniziativa economica privata, *Riv. Giur. Edil.* 1962, 195.
- CARANTA R., La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione, *Le Regioni* 4/2004.
- CARUSO B., Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nell'ordinamento europeo ?, in : Andreoni/Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Ediesse, Roma 2009, 115.
- CASSESE S., La « vecchia » costituzione economica. I rapporti fra Stato ed economia dall'Unità ad oggi, in : S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari 2017, 15.
- CASSESE S., La Costituzione economica europea, *Riv. It. Dir. pubbl. com.* 2001, 907.
- CAVALIERI P., *Iniziativa economica privata e Costituzione « vivente »*. Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost., Cedam, Padova 1978.
- CEZZI N. G., Liberismo e pianificazione economica nella cultura costituente italiana, *Riv. Trim. dir. pubbl.* 2018, 155.
- CHELI E., Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina, *Rass. Dir. Pubbl.* 1960, 302.
- CLARICH M., Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato ?, *Dir. econ.* 2015, 9.
- COCCO G., Liberalizzazioni, in : M. CAFAGNO / G. MANGANARO (a cura di), *Unificazione amministrativa e l'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, sta in : L. FERRARA/ D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, Firenze 2017, 263.

- CORSO G., Liberalizzazione amministrativa ed economica, in : S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006, 2491.
- CORSO G., *Mercati amministrati e liberalizzazione. Una prospettiva di diritto europeo*, Giuffrè, Milano 2000.
- D'ALBERTI M., Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici, *Dir. amm.* 2008, p 64.
- D'ALBERTI M., Diritto pubblico dei mercati ed analisi economica, *Riv. Dir. comm.* 2007, 239.
- D'ALBERTI M., La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli, *Dir. amm.* 2004, 715.
- DE BENEDETTO M., Le liberalizzazioni e la Costituzione, *Studi parlam. pol. Cost.* 2011, 209.
- DE BENEDETTO M., L'economia sociale di mercato e le sfide del diritto amministrativo, *Sociologia* 2009, 119.
- DELLI PRISCOLI L., Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni, *Giur. Comm.* 2014 352.
- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano 2011.
- GIAMPIERETTI M., Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, *Dir. soc.* 2003, 439.
- GIANNINI M. S., Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, *Riv. Dir. comm.* 1959, 323.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, 2^e éd., Il Mulino, Bologna 1995, 284.
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Il Mulino, Bologna 2003.
- LA SPINA / A. MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bologna 2000.
- LIBERTINI M., La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio, *Merc. conc. reg.*, 2014, 508.
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, *Dir. e soc.*, 2011, 54.
- MARZUOLI C., Mercato e valore dell'intervento pubblico, *Le Regioni* 1993, 1593.
- MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002.
- NEGRELLI A., Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2013, 679.
- NINATTI S., Iniziativa economica privata (libertà di), in : S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006, 3142.
- RAMAJOLI M., La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione, *Dir. amm.* 2008, 121.
- TORRICELLI S., *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Maggioli, Rimini 2013.

Taxi et VTC

- BENTIVOGLI C. / CALDERINI M., Il servizio di taxi in Italia: ragioni e contenuti di una riforma, in *Questioni di economia e finanza*, Servizio Studi Bankitalia, n. 5, 2007.

- BERGANTINO A. / S. BILLETTE DE VILLEMEUR E. / LONGOBARDI E., Il mercato dei taxi : fallimenti e regolamentazione, in : MARRELLI/PADOVANO/RIZZO, *Servizi pubblici. Nuove tendenze nella regolamentazione, nella produzione e nel finanziamento*, Giuffrè, Milano 2007, 321.
- BOITANI A. / COLOMBO S., Taxi, Ncc, Uber : scontro finale o alba di coesistenza ?, *Mec.conc.reg.* n. 1 2017, 61.
- CARUSO E., Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber, *Dir. econ.* n. 1 2018, 255.
- CLARICH M., Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico, *Dir. pubbl.* 2017, 75.
- COMELLI A. / GIOVE L., Il blocco delle app « Uber pop » : concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi, *Il Dir. Ind.* 2015, 252.
- IAIONE C., *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Jovene, Napoli 2008.
- MIDIRI M., Nuove tecnologie e regolazione : il caso Uber, *Riv. Trim. dir. pubbl.* 2018, 102.
- POLLICINO O. / LUBELLO V., Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante : Uber tra giudici e legislatori, *Giur. Cost.* 2016, 2479.
- VISCO COMANDINI V. / GORI S. / VIOLATI F., Le licenze dei taxi : abolizione, regolazione o libero scambio di diritti ?, *Merc. Conc. reg.* n. 3 2004, 515.

Pharmacies

- CALABRÒ M., Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2015, 1250.
- CALANDRA G., Farmacia e farmacisti, in: *Nov.mo Dig. It.*, Utet, Torino 1961, 86.
- CASSETTI L., La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza, *Giur. Cost.* 2014, 3457.
- ID., Libertà di impresa, libertà di stabilimento e tutela della salute, in : C. Salvi (a cura di), *Diritto Civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino 2012, 245
- CATALDI G., *Il conferimento delle farmacie*, Ateneo, Roma 1947.
- D'ANGELOSANTE M., Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato, in : Pioggia/Dugato/Racca/Civitarese (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Giuffrè, Milano 2008, 411.
- FALZONE G., *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Silia, Palermo 1948.
- FALZONE G., L'obbligatorietà del concorso per l'assegnazione delle farmacie ed il principio dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, *Giur. It.* 1962, 763.
- FERRARA R., Farmacia e farmacisti, in : *Enc. Giur.*, Treccani, Roma 1989, 1.
- GIANNINI M. S., Le farmacie (problemi generali), *Rass. Amm. san.* 1963, 171.
- JORIO E., *Deregolamentare le farmacie : troppi danni e nessun beneficio*, in www.astrid.it, n. 3, 2015.
- LANDI G., Farmacia, in : *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1966, 840.
- LEDDA F., Assegnazione e apertura delle farmacie, in : Bodda (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, Vicenza 1967, 99.

- LEVI F., Aspetti pubblicistici dell'apertura e gestione delle farmacie, in : *Atti del XVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano 1975, 141.
- LUCIANI M. / ROBERTI G.M., *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, in www.assofarma.it , 2013.
- MASTRAGOSTINO F., La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore, in : D. De Pretis (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento 2006, 5.
- NICOLOSO B.R., *Il sistema farmacia*, Giuffrè, Milano 2010.
- PAMMOLLI F. / RICCABONI M. / SALERNO N. C., Il settore farmaceutico tra barriere alla concorrenza e regolazione sul lato del consumo, *CERM* 2007.
- PIPERATA G., Farmacie, in : S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006, 2447.
- SALERNO N., Farmacie e distribuzione del farmaco : non c'è contrasto tra Agcm e Corte costituzionale, né tra Commissione Ue e Corte di giustizia, *Riv. Dir. Soc.* 2011, 215.
- SANTUARI A., *Le farmacie in primis svolgono una funzione sociale e non commerciale*, in www.giustamm.it, n. 11, 2008.

Une concession sans monopole ?

L'exemple de la concession de maisons de jeu

Sommaire

Page

Introduction	621
I. Le contexte	622
II. La question : le fondement	623
A. Le problème	623
B. Les caractéristiques du monopole	623
C. Les propositions de réponse	625
III. Les conséquences : la nature juridique	626
A. La concession (de monopole)	626
B. L'autorisation de politique économique	626
C. La concession de surveillance	628
IV. Les enjeux : le régime et la protection juridique	629
A. Le régime	629
B. La protection juridique	630
Conclusion	630
Bibliographie	631

Introduction

Monopoles et concessions sont indissociables. Les voix sont unanimes : qui dit concession, dit monopole. Certains relèvent d'ailleurs que l'expression de « concession de monopole » serait un pléonisme, puisque derrière toute concession se trouve nécessairement un monopole.

* Professeur à l'Université de Fribourg. Je remercie M^{me} Mirjam Aemisegger, assistante diplômée à l'Université de Fribourg, pour l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point de ce texte.

Cette contribution est l'occasion de se demander si la législation ne défie pas parfois ce principe et si l'on n'y trouve pas aussi des concessions sans monopole... Tout comme, par ailleurs, on peut rencontrer des monopoles sans concession.

L'exemple de la concession de maisons de jeu, instituée à l'art. 106 al. 2 Cst., servira de fil conducteur à ces réflexions.

I. Le contexte

L'exploitation des maisons de jeu a été très longtemps interdite en Suisse. Jusqu'en 1993, seuls étaient autorisés les jeux d'agrément dans les kursaals, autrement dit des petits casinos, à des mises très basses.

Le 7 mars 1993, l'arrêté fédéral supprimant l'interdiction des maisons de jeu, proposé par le Conseil fédéral dans le cadre des mesures d'assainissement des finances fédérales pour 1992, était accepté en votation populaire. Un des buts affichés était que les recettes provenant de l'exploitation des maisons de jeu ne soient pas dispersées à l'étranger, mais profitent au tourisme et aux finances helvétiques¹. L'interdiction des maisons de jeu était dès lors remplacée par un régime de concessions, selon l'art. 35 al. 2 aCst. Si cette disposition révisée n'est jamais formellement entrée en vigueur, faute de législation d'application, elle a été reprise à l'art. 106 Cst., qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2000 en même temps que la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (aLMJ)².

La levée de l'interdiction des maisons de jeu s'est donc faite à la faveur d'un plan d'assainissement des finances fédérales. L'idée était d'une part d'encourager le tourisme, dont profiterait l'économie régionale, et d'autre part de soumettre l'exploitation des casinos à un impôt fédéral destiné à financer la contribution de la Confédération à l'AVS. L'art. 35 aCst. prévoyait ainsi qu'une taxe de 80 % au plus des recettes brutes des maisons de jeu pouvait être prélevée par la Confédération³.

Quant à l'interdiction des maisons de jeu, elle était remplacée par l'art. 35 al. 2 aCst., dont la teneur était la suivante : « Les maisons de jeu sont soumises à une concession de la Confédération. En l'accordant, cette dernière tiendra compte des conditions régionales mais également des dangers inhérents aux jeux de hasard »⁴. Les travaux préparatoires ne

¹ RICHLI, *Comm. Cst. 1874*, n. 5 ad art. 35 ; AUBERT, *Petit Comm.*, n. 5 ad art. 106.

² RO 2000 [11] 677.

³ L'art. 41 aLMJ fixait un cadre minimum et maximum, soit entre 40 % et 80 % du produit brut des jeux.

⁴ Arrêté fédéral du 9 octobre 1992 supprimant l'interdiction des maisons de jeu, FF 1992 VI 55.

donnent que peu d'indications sur cette concession⁵. On comprend néanmoins que les enjeux de politique sociale et les intérêts publics de moralité, de sécurité et de santé publique ont imposé d'instituer un mode de surveillance renforcé de l'activité des maisons de jeu.

II. La question : le fondement

A. Le problème

La Constitution fédérale introduit le pouvoir de concéder le droit d'exploiter un casino, mais ne crée pas expressément de monopole des maisons de jeu en faveur de la Confédération. En instituant un système de concession sans rien dire du monopole, le constituant laisse place au doute : un monopole fédéral des maisons de jeu existe-t-il ? Sinon, quel est le fondement de cette concession ?

On serait tenté de penser que le législateur ne saurait avoir envisagé un système de concession sans créer par là même le monopole correspondant et nécessaire, dans l'idée que l'un ne peut exister sans l'autre⁶.

Les travaux préparatoires ne donnent pas d'élément de réponse. La doctrine a rapidement émis des doutes quant à l'existence d'un véritable monopole de la Confédération en matière de maisons de jeu⁷.

B. Les caractéristiques du monopole

Pour répondre à la question, il est nécessaire d'examiner de plus près les éléments qui définissent le monopole de droit. On parle de monopole lorsque l'État se réserve l'exclusivité d'un secteur d'activité économique, en le soustrayant à la liberté économique⁸.

L'État, en s'appropriant une activité, l'assujettit au droit public et la soustrait à la liberté économique. Il n'y a guère de controverse sur ce dernier aspect s'agissant de l'exploitation des maisons de jeu : l'art. 106 Cst. – tout comme l'art. 35 aCst. dans la

⁵ Message du 25 mars 1992 sur les mesures d'assainissement des finances fédérales 1992, FF 1992 III 341, p. 373.

⁶ Dans ce sens GRISEL E., *Liberté économique*, n. 1009 et DUBEY/ZUFFEREY, n. 1394.

⁷ Notamment RICHLI, *Comm. Cst. 1874*, n. 19 ss ad art. 35 ; AUBERT, *Petit Comm.*, n. 7 ad art.106.

⁸ Parmi tant d'autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 2686 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 n. 4 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 152 ; GRISEL E., *Liberté économique*, n. 956.

version de 1993 auquel il succède – a pour effet de sortir l'exploitation des maisons de jeu du champ d'application de la liberté économique. On y reviendra plus loin.

Le premier élément, soit la volonté ou du moins le droit pour la Confédération de se réserver ce secteur de l'économie, est en revanche plus délicat. On admet en effet généralement que lorsque l'État crée un monopole, il peut accomplir lui-même l'activité monopolisée⁹ ou choisir de la concéder à des tiers. Ce point mérite attention dans le contexte qui nous intéresse ici. La question est celle de savoir *qui* peut exercer l'activité monopolisée : par définition, ce devrait être la collectivité publique, avec la faculté de concéder ce droit exclusif à un tiers, entièrement ou en partie.

La doctrine relève à cet égard qu'il n'est pas question de véritable monopole lorsque les activités en question ne sauraient être concédées et que seul l'État peut les accomplir¹⁰.

Mais c'est la question inverse qui nous intéresse ici : parle-t-on encore d'un monopole lorsque l'État *ne peut pas* accomplir la tâche monopolisée lui-même ? S'agissant de l'exploitation des maisons de jeu, il n'a en effet jamais été question que la Confédération exploite elle-même des casinos¹¹.

Les réponses sont contrastées et plus ou moins nuancées. Une partie de la doctrine n'envisage pas expressément cette hypothèse¹², voire y répondrait plutôt par la négative¹³. S'agissant plus particulièrement des maisons de jeu, plusieurs auteurs sont d'avis que l'art. 106 Cst. ne crée pas de monopole en faveur de la Confédération. AUBERT et RICHLI relèvent que le système de concession mis en place ne permet pas de conclure que l'art. 106 ait institué un monopole fédéral des maisons de jeu et que « rien, dans le texte constitutionnel, n'habilite le législateur fédéral à instituer une régie fédérale des jeux de hasard »¹⁴. Ces deux auteurs, considérant que la Confédération ne dispose pas d'un

⁹ On parle traditionnellement de « régie ».

¹⁰ Ainsi p.ex. toutes les activités de puissance publique dévolues naturellement à l'État et celles qui ne pourraient pas être assumées par des particuliers. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 153 ; GRISEL E., *Liberté économique*, n. 959 ; DUBEY/ZUFFEREY, n. 1384.

¹¹ De même et de façon générale, la réglementation a toujours eu pour objectif d'éviter toute sorte de loterie étatique.

¹² Ainsi p.ex. les définitions d'ANDRÉ GRISEL ou de DUBEY/ZUFFEREY ne semblent pas laisser la place au cas de figure dans lequel la Confédération ne *pourrait* pas exercer en régie l'activité ainsi monopolisée. Cf. GRISEL A., *Traité*, p. 201 et DUBEY/ZUFFEREY, n. 1382 ss.

¹³ Ainsi pour Etienne GRISEL, l'existence d'un monopole suppose-t-elle un élément subjectif, soit le but de supprimer la concurrence que les personnes privées pourraient faire à l'État ; si cette intention fait défaut, il n'y aurait pas de monopole à proprement parler. Cf. GRISEL E., *Liberté économique*, n. 958 et 960. Voir dans le même sens SUTTER-SOMM, pp. 21 s. et 77 et GYGI, p. 196.

¹⁴ AUBERT, *Petit Comm.*, n. 7 n°p 16 ad art. 106. Cf. ég. RICHLI, *Comm. Cst. 1874*, n. 19 ad art. 35.

monopole en matière de maisons de jeu, qualifient la « concession » de maisons de jeu d'autorisation de politique économique (ci-dessous III)¹⁵.

Selon d'autres avis, l'exclusion de la liberté économique est déterminante dans la définition du monopole. Non seulement il n'est pas nécessaire que l'État exerce lui-même l'activité monopolisée pour admettre l'existence d'un monopole, mais il peut y avoir monopole lorsque l'État se prive, de par la loi, de la possibilité d'exercer lui-même une activité, tout en se réservant le droit de désigner ceux qui seront admis à l'exercer¹⁶. La définition serait ainsi plus large, puisque le monopole de droit n'impliquerait pas que la collectivité *puisse* exercer elle-même l'activité monopolisée. Ces auteurs semblent admettre que l'institution de la concession à l'art. 106 Cst. suppose ou comprend celle d'un monopole de droit¹⁷.

C. Les propositions de réponse

Il y a ainsi plusieurs manières de voir le problème. Pour certains, il pourrait y avoir concession, *donc* monopole, le système de concession étant prévu par la Constitution fédérale. Pour d'autres auteurs, le monopole serait admis à la faveur d'une définition plutôt large – c'est-à-dire comprenant les cas dans lesquels il n'est pas question que la Confédération accomplisse elle-même l'activité monopolisée – tandis que pour d'autres encore, qui adoptent une définition plus étroite du monopole, on ne saurait parler d'un véritable monopole de droit en matière de maisons de jeu.

Une dernière approche consiste à analyser la concession de maisons de jeu non pas comme une concession de monopole, mais comme une concession dite de surveillance (« *Aufsichtkonzession* »). L'activité est « monopolisée » dans le sens de soustraite à la liberté économique, mais il est admis que l'État ne peut accomplir lui-même l'activité en question ; il ne peut que la concéder à des tiers, en vertu d'un pouvoir dit de concession (« *Konzessionshoheit* »)¹⁸. Selon cette approche, la concession n'est donc pas fondée sur un monopole de droit, mais trouve sa source dans la souveraineté dévolue à l'État¹⁹. Sur la définition du monopole, ses partisans se rallient plutôt à l'approche classique ou stricte selon laquelle l'activité monopolisée devrait pouvoir être exercée par la collectivité. La

¹⁵ RICHLI, *Comm. Cst. 1874*, n. 19 *ss ad art.* 35.

¹⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 154, qui donnent précisément en exemple les maisons de jeu.

¹⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 154.

¹⁸ WALDMANN, *Monopole*, p. 79 ; WALDMANN, *Einführung*, p. 4 ; KUNZ, p. 139 ; GYGI, p. 196. Plus généralement sur ces notions, SUTTER-SOMM, p. 21 s.

¹⁹ SUTTER-SOMM, p. 77. *Contra* : TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 n. 18 qui reconnaissent ce type de concession mais la jugent fondée sur un monopole de droit et formant une sous-catégorie de la concession de monopole.

doctrine, peu unanime, cite quelques autres exemples de ces concessions de surveillance en droit fédéral²⁰.

Il n'y a ainsi pas moins de trois réponses à la question posée en préambule. En fonction de la réponse que l'on aura choisi de donner, on qualifiera différemment la concession de maisons de jeu.

III. Les conséquences : la nature juridique

A. La concession (de monopole)

Si l'on retient que la concession implique l'existence d'un monopole, et en particulier ici que le monopole de droit n'implique pas nécessairement que la collectivité puisse exercer elle-même l'activité en question, il n'y a guère de problème. Cela, d'autant moins que la concession est prévue directement par la Constitution fédérale. On aurait affaire à une concession (de monopole) au sens strict – si l'on ose dire.

B. L'autorisation de politique économique

En revanche, ceux qui nient l'existence d'un monopole ne reconnaissent pas à la « concession » mentionnée à l'art. 106 al. 2 Cst. les caractéristiques d'une concession et la qualifient d'autorisation, plus spécifiquement d'autorisation de politique économique (« *wirtschaftspolitische Bewilligung* »). Il s'agit d'une catégorie d'autorisations généralement limitées dans leur nombre par un contingent ou fixées en fonction des besoins de l'activité en question²¹. En cela, cette autorisation ressemble à la concession. L'autorisation de politique économique se distinguerait cependant précisément de la concession en raison du fait qu'elle ne découle pas de l'existence d'un monopole : les activités sur lesquelles elle porte sont privées – quoique limitées – et non réservées à l'État²². À la différence du système de monopole et de concession, celui de l'autorisation

²⁰ P.ex. le cas de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (LAlc ; RS 680), dont l'art. 3 al. 1 dispose que le droit de fabriquer et de rectifier des boissons distillées appartient exclusivement à la Confédération mais dont l'al. 2 précise qu'en règle générale, l'exercice de ce droit est concédé à des sociétés coopératives ou à d'autres entreprises privées. Il n'aurait en effet jamais été question que la Confédération fasse elle-même usage du monopole. De même, la concession de route prévue par les art. 28 à 30 de loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA ; RS 748.0) est souvent citée comme exemple d'une concession fondée non pas sur un monopole, mais sur une « *Konzessionshoheit* ». La question est cependant controversée. À ce sujet LARGEY, p. 323 ss.

²¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 n. 34.

²² KUNZ, p. 30 s. et WALDMANN, *Einführung*, p. 13.

restreint la liberté économique mais ne soustrait pas entièrement l'activité de son champ d'application.

RICHLI considère ainsi que l'art. 35 aCst. ne crée pas de monopole en faveur de la Confédération et parle expressément d'un système d'autorisation : par la notion de concession, le Constituant aurait voulu réserver à la Confédération un droit renforcé de surveillance et de contrôle. Le terme de concession signifierait qu'il n'existe aucun droit à la délivrance d'une autorisation d'exploiter. Sur ce point, il s'agirait d'un élément caractéristique d'une autorisation de police économique²³.

AUBERT ajoute que par concession, on entend une autorisation dont l'octroi est à discrétion de l'autorité concédante, ce qui signifie que le requérant, même s'il réunit toutes les conditions posées par la loi, n'a pas de droit subjectif à l'obtenir²⁴. L'idée est d'assurer une surveillance accrue de l'activité en question, en la soumettant à des conditions légales et à un contrôle stricts.

La concession de maisons de jeu s'apparente sur bien des points à ce genre d'autorisation, que ce soit par son but ou ses caractéristiques. Les intérêts publics de moralité et de santé et plus largement de politique sociale sont en effet à la base du système. La loi fixe des conditions nombreuses et strictes à l'exploitation d'un casino, mais nul n'a droit à obtenir l'autorisation, quand bien même toutes les conditions seraient réunies²⁵. À vrai dire, ni la Constitution, ni la loi ne limitent directement le nombre de concessions ; c'est l'autorité concédante, soit le Conseil fédéral, qui fixe librement le nombre de concessions qu'il délivre²⁶. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs également qualifié la concession d'exploitation de maisons de jeu d'autorisation de politique économique²⁷. Mais il faut admettre que sous l'angle de sa portée sur la liberté économique, la concession de maisons de jeu a des effets plus proches de ceux d'une concession que d'une autorisation (cf. ci-dessous IV/A).

²³ RICHLI, *Comm. Cst. 1874*, n. 19 *ad* art. 35. Dans le même sens, SCHNEIDER, *SGK BV*, n. 10 *ad* art. 106 et WIEDERKEHR/RICHLI, n. 1228.

²⁴ AUBERT, *Petit Comm.*, n. 7 *ad* art. 106.

²⁵ Ainsi, en 2001, le Conseil fédéral a-t-il octroyé 21 concessions sur plus de 60 demandes qui lui avaient été adressées.

²⁶ Selon l'art. 106 al. 2 Cst., il doit cependant tenir compte de l'exigence d'une répartition régionale équilibrée.

²⁷ Arrêt du TF 2C_61/2008 du 28 juillet 2008, consid. 1.3.2 : « *Bei der spielbankenrechtlichen Betriebskonzession handelt es sich um eine wirtschaftspolitische Bewilligung, auf deren Erteilung kein Rechtsanspruch besteht.* »

C. La concession de surveillance

Quant à la concession de surveillance, elle se trouve à mi-chemin. Par son but, elle peut être rapprochée de l'autorisation de police. Elle vise en effet une surveillance renforcée de l'activité visée. Dans le domaine sensible des jeux d'argent, il s'agit d'assurer un contrôle strict, tout en laissant un pouvoir discrétionnaire au Conseil fédéral quant au nombre et au choix des concessionnaires. On a déjà relevé que le fondement de ces figures juridiques était différent puisque les concessions, y compris celles dites de surveillance, supposent l'existence d'un monopole ou du moins d'un pouvoir de concession (« *Konzessionshoheit* »)²⁸.

Cette fonction prédominante de surveillance distingue nettement la concession de surveillance des concessions de monopole, qui ne visent en général pas prioritairement la surveillance d'une activité privée, mais l'accomplissement d'une tâche publique – du moins dans la conception originelle. La collectivité ne se réserve ainsi pas le droit exclusif d'exercer l'activité monopolisée, mais celui de la contrôler et de la surveiller d'une façon plus stricte. La concession dite de surveillance se distingue encore par le fait qu'il n'est pas question que l'État exerce lui-même l'activité monopolisée : elle restera en ce sens et par définition toujours « privée », quoique soustraite au champ d'application de la liberté économique²⁹.

Au sujet de la concession de maisons de jeu, il faut encore se pencher sur l'aspect fiscal. On sait en effet que les maisons de jeu ont été interdites pendant des décennies et que la levée de l'interdiction des maisons de jeu a été motivée, entre autres, par des impératifs fiscaux dans le but d'assainir les finances fédérales. Depuis l'origine, le système de concessions pour les maisons de jeu s'accompagne d'un impôt sur les recettes des maisons de jeu, destiné à alimenter les fonds de l'assurance vieillesse et survivants (art. 106 al. 2 Cst). Cette contribution, parfois désignée comme une taxe de concession (« *Monopolabgabe* »), est cependant à qualifier d'impôt³⁰, plutôt que de taxe ou d'émolument de concession. Le but fiscal n'est pas étranger à la mise en place d'un système de conces-

²⁸ On a également relevé que selon certains auteurs, ce pouvoir de concession se distinguait précisément d'un monopole, tandis que pour d'autres, il serait tout de même fondé sur un monopole de droit (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 n. 18), cf. ci-dessus II/C.

²⁹ Dans ce sens, WALDMANN, *Einführung*, p. 10.

³⁰ Le Tribunal fédéral la qualifie de « *zweckgebundene Sondersteuer bzw. [...] Sonderleistung mit dem Charakter einer Monopolabgabe* », ce qui ne tranche pas la question (ATF 136 II 149, consid. 4.1). Il ressort cependant de l'arrêt que la contribution suit le régime des impôts. Voir également le Message du 21 octobre 2015 concernant la loi fédérale sur les jeux d'argent, FF 2015 7627, p. 7724 ss ; sur la qualification de cet impôt, parfois même considéré comme un impôt indirect, sorte d'impôt sur la dépense à but social, voir OBERSON, § 17 n. 23 et les références citées et BLUMENSTEIN/LOCHER, p. 265 note 194.

sion, dérogeant dans ses effets au principe de la liberté économique : vu son taux particulièrement élevé, pouvant atteindre jusqu'à 80 % du produit brut des jeux, une telle contribution ne saurait frapper une activité libre sans être qualifiée de prohibitive.

IV. Les enjeux : le régime et la protection juridique

A. Le régime

Reste à mettre en évidence les enjeux de la distinction entre concession de monopole, concession de surveillance et autorisation de politique économique, qui pourraient servir comme autant de critères de distinction.

Qu'elle soit fondée sur un monopole de droit ou sur un pouvoir de concession, la concession prévue à l'art. 106 Cst. a pour effet de soustraire le domaine de l'exploitation des maisons de jeu à la liberté économique³¹. Ses effets sur la liberté économique sont donc ceux d'une concession (de monopole).

Pour cette raison, la concession de surveillance devrait être soumise aux mêmes règles et régime que toute concession. La doctrine considère d'ailleurs effectivement que la concession de surveillance est en principe soumise au même régime et aux mêmes conditions que la concession de monopole³².

La question de la base légale est en théorie fondamentale. À vrai dire, en l'espèce la qualification selon l'une ou l'autre forme n'est pas problématique, dès lors que l'institution de la concession est prévue expressément à l'art. 106 al. 2 Cst. Quant au respect de l'art. 36 Cst., il n'est pas non plus discuté.

Il est admis qu'à la différence de l'autorisation de police, il n'existe en général – car cela peut dépendre des domaines et des types de concessions – pas un droit à la délivrance d'une concession. Il en va ainsi de la concession de maisons de jeu : même si toutes les conditions posées par la loi sont réunies, nul ne peut prétendre avoir un droit à l'octroi d'une concession.

³¹ Arrêt du TF 2C_61/2008 du 28 juillet 2008, consid. 1.3.2 : « *Unter den Spielbanken herrscht kein freier Wettbewerb. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit im Spielbankenbereich erfolgt in einem System, das der Wirtschaftsfreiheit entzogen ist.* »

³² WALDMANN, *Einführung*, p. 10 et LARGEY, p. 325.

B. La protection juridique

S'il n'existe pas de droit à la délivrance d'une concession, il n'est cependant par principe pas exclu qu'une voie de recours soit ouverte contre la décision d'octroi ou de refus d'une concession – tout comme d'une autorisation de politique économique³³.

La concession de maisons de jeu, indépendamment de sa qualification, présente la particularité d'être délivrée directement par le Conseil fédéral ; elle n'est pas susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral (art. 32 al. 1 let. h LTAF), ni au Tribunal fédéral. Le projet de loi fédérale sur les jeux d'argent proposé par le Conseil fédéral prévoyait de modifier ce système : il aurait permis que les décisions du Conseil fédéral puissent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral et exceptionnellement du Tribunal fédéral³⁴. Cette proposition n'a cependant pas été suivie ; lors des débats, le Parlement a choisi de renoncer à cet élargissement de la protection juridique. Selon le droit en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019, les décisions du Conseil fédéral restent donc discrétionnaires, aussi bien quant à leur nombre que quant aux bénéficiaires, et définitives³⁵.

Conclusion

Une concession peut-elle exister sans monopole ? Les réponses sont variées. Si certains n'imaginent pas de concession sans monopole, une partie de la doctrine est prête à envisager de telles concessions, qui auraient alors un autre fondement : une souveraineté ou un pouvoir de concession, qui devrait trouver sa source dans la loi ou la Constitution. Faute d'un monopole en sa faveur, la collectivité ne saurait cependant exercer elle-même l'activité soustraite à la liberté économique ; par principe, elle devrait la donner en concession à des privés. De plus, dans la mesure où cette sorte de concession a la même portée sur la liberté économique, elle devrait suivre le même régime que la concession de monopole.

Quant à la concession de maisons de jeu, les lignes qui précèdent ont montré qu'elle avait été introduite à la fois dans un but de surveillance stricte de l'activité et dans un but fiscal et qu'elle avait pour effet de soustraire l'activité d'exploitant de maisons de jeu du champ d'application de la liberté économique. Si elle ne repose pas sur un monopole au sens le plus strict, en ce sens que la Confédération ne pourrait exploiter des maisons de

³³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 n. 27.

³⁴ Message du 21 octobre 2015 concernant la loi fédérale sur les jeux d'argent, FF 2015 7627, p. 7680.

³⁵ Art. 11 LJAr.

jeu en régie, il faut reconnaître qu'elle présente des caractéristiques comparables, produit les mêmes effets et suit le même régime qu'une concession.

Bibliographie

- AUBERT Jean-François / EICHENBERGER Kurt / MÜLLER Jörg Paul / RHINOW René A. / SCHINDLER Dietrich (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, Bâle/Berne/Zurich 1987-1996 (cité : AUTEUR, *Comm. Cst. 1874*, n. ad art.).
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : AUTEUR, *Petit Comm.*, n. ad art.).
- BLUMENSTEIN Ernst / LOCHER Peter, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.
- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 3^e éd., vol. II, Zurich/St-Gall 2014 (cité : AUTEUR, *SGK BV*, n. ad art.).
- GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984 (cité : GRISEL A., *Traité*).
- GRISEL Etienne, *Liberté économique : libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006 (cité : GRISEL E., *Liberté économique*).
- GYGI FRITZ, *Verwaltungsrecht – Eine Einführung*, Berne 1986.
- HÄFELIN Ulrich / MULLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich/St-Gall 2016.
- HÄNER Isabelle / WALDMANN Bernhard (édit.), *Die Konzession*, Zurich/Bâle/Berne 2001.
- KUNZ Daniel, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen – Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilunglenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen*, thèse, Berne 2004.
- LARGEY Thierry, *Le statut juridique de l'air – Fondements pour une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international*, thèse Lausanne, Berne 2017.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse*, 4^e éd., Bâle 2012.
- RICHLI Paul, art. 35, in : Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, Bâle/Berne/Zurich 1987-1996.
- SCHNEIDER Benno, art. 106, in : Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 3^e éd., vol. II, Zurich/St-Gall 2014.
- SUTTER-SOMM Karin, *Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht*, thèse, Bâle 1989.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.

WALDMANN Bernhard, Die Konzession – Eine Einführung, in : Häner/Waldmann (édit.), *Die Konzession*, Zurich/Bâle/Genève 2001, p. 1-26 (cité : WALDMANN, *Einführung*).

WALDMANN Bernhard, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in : *ASDPO annuaire 2007*, Berne 2008, p. 75-101 (cité : WALDMANN, *Monopole*).

WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, vol. II, Berne 2014.

Submissionskartelle

Zusammenfassung

Öffentliche und private Beschaffende zählen darauf, dass Unternehmen in Konkurrenz zueinander um Aufträge wetteifern. Geheime Abreden zwischen den Unternehmen über den Preis von Offerten und die designierte «Gewinnerin» von Vergaben untergraben diese Voraussetzung. Solche Submissionsabreden sind kartellrechtlich unzulässig. Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat gehen hiergegen mit Kartellverfahren, Präventionsarbeiten und statistischen Instrumenten vor. Entsprechend wuchs die kartellrechtliche Praxis zu Submissionsabreden über die letzten rund zehn Jahre kontinuierlich an. Beschaffungsstellen gehen das Thema der Submissionsabreden zunehmend sensibilisierter an, statistische Aufdeckungsmöglichkeiten ermöglichen es, Kartelle aktiv aufzuspüren. Die Praxis zum zivilrechtlichen Schadenersatz bei Kartellrechtsverstössen ist hingegen dürftig. Nicht nur in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der Verjährung stossen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche auf Schwierigkeiten. Hohe Ansprüche an die Akteneinsicht bei der Kartellbehörde sowie die Rechtskraft von Sanktionsverfügungen als Zugangsvoraussetzung erschweren Schadenersatzklagen zusätzlich.

Inhalt

	Seite
Einleitung	634
I. Submissionsabreden als Schwerpunkt der Wettbewerbsbehörden	635
II. Kartellverwaltungsrechtliches Vorgehen gegen Submissionsabreden	637
A. Untersuchungen und Entscheide	637
1. Subsumtion	637
2. Entscheidübersicht	638
3. Grundsatzfragen	641
a) Gesamt- und Einzelabreden	641
b) Sanktionierung von Submissionsabreden	643

* Professor an der Universität Zürich und Präsident der Wettbewerbskommission.

** Stellvertretender Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission.

Die Verfasser geben ihre persönliche Meinung wieder. Sie danken Dr. Bendicht Lüthi für die kritische Durchsicht dieses Beitrages und seine wertvollen Kommentare.

c)	Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften	645
B.	Prävention	645
C.	Statistische Aufdeckung	647
D.	Fazit	649
III.	Zivilrechtlicher Schadenersatz für Kartellopfer	649
A.	Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs	650
1.	Aktivlegitimation	650
2.	Passivlegitimation	651
3.	Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung	652
4.	Schaden und Kausalität	653
5.	Verschulden	654
B.	Verjährung	655
1.	Allgemeines	655
2.	Relative Verjährungsfrist	655
3.	Absolute Verjährungsfrist	656
4.	Fazit	657
IV.	Ausblick	658
	Literaturverzeichnis	659

Einleitung

Koordinieren Unternehmen ihr Angebotsverhalten im Hinblick auf öffentliche oder private Beschaffungen, treffen sie sogenannte Submissionsabreden. Typischerweise stimmen die Submittenten ihre Angebote mit dem Ziel ab, einem Unternehmen den Auftrag zu einem bestimmten Preis zuzuschancen. Dieses, auch «Schutznehmer» genannt, gibt das «tiefste» Gebot ein. Die anderen Unternehmen, die «Schutzgeber», unterbreiten Gebote zu künstlich erhöhten Konditionen («Stützofferten) oder verzichten auf ein Gebot, obwohl sie ohne die Abrede am Beschaffungsprozess teilgenommen hätten. Für den Auftraggeber verschlechtert sich die Situation, da der Preis-, Qualitäts-, Konditionen- und Innovationswettbewerb nicht mehr ungestört funktioniert. Submissionskartelle können sich auf eine einzelne Beschaffung («Einzelabrede») oder auf eine Mehrzahl von Beschaffungen («Gesamtabrede») beziehen. Es ist davon auszugehen, dass Abredeteilige in der Regel in einer Art Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Es ist auch denkbar, dass die Schutzgeber für ihre Kooperation separat honoriert werden. Submissionskartelle sind im Hinblick auf alle Produkte (Waren und Dienstleistungen) denkbar. In der Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) standen Baukartelle im Vordergrund, wobei sowohl öffentliche als auch private Bauherren/innen davon betroffen waren.

Die Verfasser hoffen, mit dieser Skizze auf das Interesse des Jubilars zu stossen. *Etienne POLTIER* hat in seiner wissenschaftlichen und praktischen Arbeit das öffentliche Recht in eindrucklicher Breite und Tiefe abgebildet. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist einer seiner zahlreichen Schwerpunkte, den er beispielsweise in seinem Standardlehrbuch zum *Droit des marchés publics* in allen Facetten auf den Punkt gebracht hat.¹ Dort behandelt er auch die kartellrechtlichen Aspekte. Die Verfasser knüpfen hieran an und möchten die jüngere Entwicklung aufzeigen, die sich im Hinblick auf die Aufdeckung, die Verfolgung, die rechtliche Würdigung und die Ahndung von Submissionskartellen im öffentlichen und Zivilrecht ergeben hat. Von besonderer Bedeutung sind auch die Anstrengungen zur Prävention und Aufdeckung illegalen Bieterverhaltens. So erst kann das Vergabefahren die wichtigen Funktionen erfüllen, die *Etienne POLTIER* so treffend herausgearbeitet hat.

I. Submissionsabreden als Schwerpunkt der Wettbewerbsbehörden

Die öffentliche Hand kauft jährlich für rund CHF 40 Mia. Bauten, Dienstleistungen und Güter ein, z.B. Strassen, Brücken, Spitäler, Schulhäuser, Computer, Papier und Reinigungsarbeiten. Diese Beschaffungen sollen gemäss Beschaffungsrecht zu einem möglichst guten Preis-Leistungs-Verhältnis («wirtschaftlich günstigstes Angebot») erfolgen. Der Staat hat die öffentlichen Gelder wirtschaftlich einzusetzen. Zu diesem Zweck baut das Beschaffungsrecht auf wirksamen Wettbewerb. So sollen Unternehmen ihre Offerten in Wettbewerb zueinander und ohne Wissen über die Offerten ihrer Konkurrenten einreichen. Konkurrenz heisst, dass offerierende Unternehmen um Aufträge wetteifern müssen. Dieses Ziel unterwandern Unternehmen, soweit sie sich darüber absprechen, welches Unternehmen den Zuschlag für einen Beschaffungsauftrag zu einem bestimmten Preis erhalten soll. Zu solchen Abreden kam es in der Vergangenheit leider oft.

Das Sekretariat der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) veröffentlichte 2004 die Ergebnisse einer Umfrage bei Beschaffungsstellen, Unternehmen, Spitzenverbänden und Organisationen der Wirtschaft sowie Vertretern/innen von Kantonen und Gemeinden zu den Stärken und Schwächen des Vergaberechts: Rund die Hälfte der Befragten gab an, einschlägige Erfahrungen mit Abreden zwischen offerierenden Unternehmen gemacht zu haben.²

¹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, 2014.

² BKB/KBOB, S. 40.

Im gleichen Zeitraum eröffnete das Sekretariat der WEKO im Kanton Tessin eine Untersuchung. Die WEKO stellte 2007 fest, dass im Kanton Tessin ein langjähriges, unzulässiges Kartell über Strassenbelagsarbeiten bestand.³ 17 Bauunternehmen verteilten untereinander über 200 Bauprojekte. Sie legten fest, wer die einzelne Beschaffung «gewinnen» soll und zu welchem Offertpreis die designierte Zuschlagsempfängerin ihr Angebot einreicht. Die übrigen Unternehmen gaben höhere (Schutz-)Offerten ein. Dieses Kartell führte zu höheren Preisen und ineffizienten Marktstrukturen. Sinnbildlich sanken die Offertpreise nach Beendigung des Kartells um rund 30 Prozent und einige ineffizientere Unternehmen schieden aus dem Markt aus. Die öffentliche Hand zahlte folglich über Jahre hinweg zu hohe Preise für Strassenbauarbeiten, weil die Offerten nicht in einer Konkurrenzsituation zustande gekommen waren. Zudem verhinderte das Kartell, dass sich die Unternehmen echter Konkurrenz stellen mussten, wodurch die an sich angezeigte Bereinigung des Marktes nicht erfolgen konnte.

Höhere Preise, Qualitätsverluste, die Aufrechterhaltung nicht leistungsfähiger Marktstrukturen und weniger Innovation sind einige der Folgen von Submissionsabreden. Mehrere Untersuchungen und Studien zeigen die Wirkungen von Submissionskartellen auf die Preise auf: Die OECD geht von 10-20 Prozent höheren Preise infolge von Submissionsabreden aus.⁴ LONDON ECONOMICS fasste in ihrer Arbeit für die dänische Wettbewerbsbehörde verschiedene Studien über Preisfolgen von Kartellen, namentlich von Submissionskartellen, zusammen: Solche Kartelle führen im Vergleich zu Wettbewerbssituationen ohne Abreden am Medianwert gemessen zu rund 25 Prozent und durchschnittlich gesehen zu rund 45 Prozent höheren Preisen.⁵ Im Entscheid über Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*⁶ bestand für eine Beschaffung eine Preisdifferenz von 70 Prozent zwischen den abgesprochenen und nicht abgesprochenen Offerten.

Das *Beschaffungsrecht* baut auf wirksamem Wettbewerb auf, damit die öffentliche Hand das durch Steuergelder gespiesene, bedeutende Beschaffungsvolumen wirtschaftlich einsetzt. Das *Kartellrecht* dient der Förderung und Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs. Submissionsabreden unterwandern diesen gesetzlich gewünschten und geforderten Wettbewerb. Deren unmittelbare Folgen wie höhere Offertpreise und schlechtere Qualität tragen die öffentliche Hand bzw. die Steuerzahler/innen. Mittel- und längerfristige Wirkungen wie ineffiziente Marktstrukturen mindern die volkswirtschaftliche Wohl-

³ WEKO, Entscheid vom 19. November 2007, *Strassenbeläge Tessin*, RPW 2008/1, S. 50 ff. sowie 85 ff.

⁴ OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, DAFNE/COMP, 7, 2002, S. 7-9.

⁵ LONDON ECONOMICS, S. 25 ff.

⁶ WEKO, Entscheid vom 22. April 2013, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, RPW 2013/4, S. 524 ff.

fahrt. Im Weiteren entstehen eine Reihe von beschaffungsrelevanten Kosten wie jene für allfällige Verfahrensabbrüche oder die Einforderung von Schadensersatz. Deshalb haben die Wettbewerbsbehörden (WEKO und ihr Sekretariat) vor rund zehn Jahren einen Schwerpunkt auf die Bekämpfung von Submissionsabreden gesetzt.

II. Kartellverwaltungsrechtliches Vorgehen gegen Submissionsabreden

Um die Problematik der Submissionskartelle möglichst umfassend abzudecken, entschieden die WEKO und ihr Sekretariat wie auch andere Wettbewerbsbehörden⁷, auf verschiedenen Ebenen gegen Submissionsabreden vorzugehen.⁸

- Untersuchungen und Entscheide: Konsequente Verfolgung von Submissionsabreden mittels kartellverwaltungsrechtlicher Verfahren.
- Information und Prävention: Submissionsabreden präventiv verhindern, insbesondere durch Sensibilisierung von Beschaffungsstellen.
- Statistische Aufdeckung: Entwicklung statistischer Kennwerte zur aktiven Aufdeckung von Abreden.

Das gemeinsame Ziel aller Aktivitäten besteht in der Verhinderung von Submissionsabreden.

A. Untersuchungen und Entscheide

1. Subsumtion

Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Soweit eine derartige Wettbewerbsabrede vorliegt, ist zu

⁷ Die OECD veranstaltet seit über zehn Jahren Roundtables für die Bekämpfung von Submissionsabreden. Zahlreiche Länder tragen zu diesen Bestrebungen bei. Vgl. dazu etwa <https://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (besucht am 08.05.2019) sowie OECD, *Public Procurement, The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, 2008.

⁸ Vgl. Jahresbericht 2018 der WEKO, RPW 2019/1, S. 19 ff.; Jahresbericht 2014 der WEKO, RPW 2015/1, S. 16 f.; Jahresbericht 2012 der WEKO, RPW 2013/1, S. 5; OECD-Toolbox: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/> (besucht am 08.05.2019).

prüfen, ob sie gegen Art. 5 KG verstösst oder nicht. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Insbesondere im Falle von Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen sowie über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird nach Art. 5 Abs. 3 KG vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb nicht nur erheblich beeinträchtigen, sondern beseitigen. Solche Wettbewerbsabreden können gemäss Art. 49a KG mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden.

Submissionsabreden, also Abreden über die Aufteilung von Vergaben und den Offertpreis, sind typischerweise als Geschäftspartner- und als Preisabreden zu qualifizieren. Als harte horizontale Kartelle erfüllen sie in der Regel den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG und sind grundsätzlich zu sanktionieren.

2. Entscheidübersicht

Die WEKO schloss nach dem erwähnten Entscheid *Strassenbeläge Tessin* mehrere Untersuchungen gemäss Art. 27 ff. KG zu Submissionsabreden ab und entwickelte so eine ständige Praxis.⁹ Die folgende Übersicht enthält die von 2007 bis 2019 gefällten WEKO-Entscheide:

Entscheid, Entscheidjahr, mit / ohne einvernehmliche Regelung (EVR), Rechtskraft	Art und Dauer der Abrede/n	Anzahl betroffener Beschaffungen
<i>Strassenbeläge Tessin</i> , ¹⁰ 2007, ohne EVR, nach Entscheid des BVGer rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 1999–2003 (z.T. bis 2005)	Über 200
<i>Elektroinstallationsbetriebe Bern</i> , ¹¹ 2009, mit EVR, rechtskräftig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2008	Über 100
<i>Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau</i> , ¹² 2011, ohne EVR, Beschwerde eines Unternehmens vor BGer hängig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2009	Rund 100

⁹ Vgl. Jahresbericht 2018 der WEKO, S. 19 ff. (vgl. Fn. 8).

¹⁰ S. Fn. 3.

¹¹ WEKO, Entscheid vom 6. Juli 2009, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009/3, S. 196 ff.

¹² WEKO, Entscheid vom 16. Dezember 2011, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, RPW 2012/2, S. 270 ff.; Entscheide des BVGer vom 25.06.18, B-807/2012, B-771/2012, B-829/2012, B-880/2012.

<i>Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich</i> , ¹³ 2013, ohne EVR, rechtskräftig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2009	Rund 30
<i>Tunnelreinigung</i> , ¹⁴ 2015, mit EVR, rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 2008–2013	Nicht bekannt
<i>Bauleistungen See-Gaster</i> , ¹⁵ 2016, z.T. mit EVR, vor BVGer hängig	Horizontale Gesamtabrede, 2002–2009	Rund 240
<i>Eflare</i> , ¹⁶ 2016, mit EVR, rechtskräftig	Vertikale Einzelabrede, 2015	1
<i>Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal</i> , ¹⁷ 2017, ohne EVR, rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 2004–2012	Über 100
Sechs Entscheide <i>Hoch- und Tiefbau Engadin III, IV, V, VII, U, Q</i> , ¹⁸ 2017, ohne EVR, zwei Entscheide rechtskräftig, vier Entscheide vor BVGer hängig	Horizontale Einzelabreden, 2009–2012	8
<i>Hoch- und Tiefbau Engadin I</i> , ¹⁹ 2018, ohne EVR, drei Beschwerden vor BVGer hängig	Drei horizontale Gesamtabreden und elf horizontale Einzelabreden, 1997–2012	Rund 400
<i>Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II</i> , 2019, ²⁰ ohne EVR, vor BVGer hängig	Zehn horizontale Einzelabreden, 2008–2012	10

¹³ S. Fn. 6.

¹⁴ WEKO, Entscheid vom 23. Februar 2015, *Tunnelreinigung*, RPW 2015/2, S. 193 ff.

¹⁵ WEKO, Entscheid vom 8. Juli 2016, *Bauleistungen See-Gaster*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide.

¹⁶ WEKO, Entscheid vom 19. Dezember 2016, *Eflare*, 2017/1, S. 96 ff.

¹⁷ WEKO, Entscheid vom 6. Juli 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, RPW 2017/3, S. 421 ff.

¹⁸ WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin III*, RPW 2018/4, S. 756 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin IV*, RPW 2018/4, S. 801 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin V*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin VII*, RPW 2018/4, S. 820 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin U*, RPW 2018/4, S. 736 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin Q*, RPW 2018/4, S. 841 ff.

¹⁹ WEKO, Entscheid vom 26. März 2018, *Hoch- und Tiefbau Engadin I*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide.

²⁰ WEKO, Entscheid vom 27. Mai 2019, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019.

<i>Bauleistungen Graubünden</i> , ²¹ ohne EVR, vor BVGer hängig	1 Gesamtabrede, 2004-2010	650
--	---------------------------	-----

Die in diesen Entscheiden festgestellten Submissionsabreden waren meist horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG. Eine Ausnahme bildet der Entscheid *Eflare Warnblitzleuchten* über eine vertikale Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Über alle Entscheide gesehen betreffen die verschiedenen Gesamt- und Einzelabreden mehr als 1800 Beschaffungs- bzw. meist Bauprojekte. Die einzelnen Bauprojekte umfassten Auftragsvolumina von wenigen CHF 1000 bis mehreren Millionen. Beispielsweise umfassten die im Entscheid *Engadin I* aufgedeckten Abreden vorsichtig geschätzt ein Beschaffungsvolumen, das CHF 100 Mio. deutlich übersteigt. Über alle Entscheide gesehen, war die überwiegende Mehrheit der aufgedeckten Abreden gegen öffentliche, eine Minderheit gegen private Bauherren/innen gerichtet.

Erwähnenswert ist, dass die meisten WEKO-Entscheide rechtskräftig sind, obwohl nur in einer Minderzahl der Untersuchungen einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 29 KG geschlossen wurden. Jene Entscheide, welche vor dem BVGer oder BGer hängig sind, haben zudem regelmässig eine Mehrheit der von den WEKO-Entscheiden betroffenen Unternehmen akzeptiert.

In der Übersicht unerwähnt bleibt eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG, welche die Meldesysteme der Baumeisterverbände zum Gegenstand hatte.²² Auslöser bildeten die während den Untersuchungen *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau* sowie *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich* entdeckten Meldesysteme von Baumeisterverbänden, welche in jenen Verfahren nicht eingehend untersucht wurden. Das Sekretariat der WEKO schuf sich in der Vorabklärung einen Überblick über die Existenz der Meldesysteme aller Baumeisterverbände der Schweiz, deren Funktionieren sowie Zweck und nahm eine kartellrechtliche Einordnung vor. Das Sekretariat stellte fest, dass die regionalen Baumeisterverbände die Interessen von Unternehmen an der Teilnahme von Vergabeprozessen mittels Meldesystemen sammelten und allen Unternehmen das gegenseitige Interesse an den konkreten Vergaben mitteilten. Diese wechselseitige Bekanntgabe der Teilnahmeabsicht an Vergaben zwischen direkten Konkurrenten verstösst gegen Art. 5 KG. Die Meldesysteme schufen die Möglichkeit für das Treffen von Submissionsabreden und vermochten damit den Wettbewerb zumindest erheblich zu beeinträchtigen. Infolge der Vorabklärung passten die Baumeisterbände ihr Verhalten an. Mit dem Entscheid *Engadin*

²¹ WEKO, Entscheid vom 19. august 2019, *Bauleistungen Graubünden*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019.

²² S. SEKRETARIAT DER WEKO, Vorabklärung, *Meldesysteme Baumeisterverbände*, RPW 2014/2, S. 373 ff.

I stellte die WEKO 2017 konkret fest, dass das angewandte Meldesystem die Basis für sogenannte Vorversammlungen bildete, die der Graubündnerische Baumeisterverband bis 2008 organisierte. An diesen Vorversammlungen wurden hunderte von unzulässigen Submissionsabreden getroffen.

3. Grundsatzfragen

Die verschiedenen Entscheide erlaubten es den Wettbewerbsbehörden nicht nur, Kartelle aufzudecken, sondern mehrere relevante Grundsatzfragen zu klären. Neben der bereits erwähnten regelmässigen Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG und der damit einhergehenden Sanktionierung dieser Verhaltensweisen sind die Unterscheidung in Gesamt- und Einzelabreden, die Sanktionierung umsatzloser Abreden sowie die kartellrechtliche Beurteilung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften (BIEGE und ARGE) hervorzuheben.

a) Gesamt- und Einzelabreden

Spieltheoretisch gesehen stellt die Teilnahme von Unternehmen an einem Beschaffungsprozess eine Art einmaliges, statisches Spiel (sog. «one shot game») dar.²³ So findet die Vergabe für ein einzelnes Beschaffungsobjekt meist nur einmal statt – ausser bei einem Abbruch und einer erneuten Durchführung derselben Beschaffung. Über längere Perioden betrachtet allerdings beschaffen Private und die öffentliche Hand gleiche oder ähnliche Güter und Leistungen wiederholt. Submittenten betrachten demnach einzelne Beschaffungen nicht unabhängig von anderen Vergaben: Das einzelne Unternehmen «bedingt» ihre Offerte in einer Beschaffung auf ihre Angebote und die erwarteten Chancen für den Zuschlag in anderen Beschaffungen («repeated games»). Das mehrfache und wiederholte Stattfinden von ähnlichen oder gleichen Beschaffungsprozessen erleichtert kollusives Verhalten unter den Submittenten. Denn eine einzelne (erfolgreiche) Submissionsabrede zwischen Unternehmen bezüglich eines einzelnen Bauprojekts führt dazu, dass nur ein bestimmtes Unternehmen den Zuschlag erhält. Die anderen Abredeteiligen gehen leer aus, was aus Sicht von effizient handelnden, sich in Konkurrenz befindenden Unternehmen nicht nachvollziehbar ist.

Damit ein Unternehmen Interesse daran hat, einem Konkurrenten einen Auftrag zu überlassen, muss es dadurch über kurz oder lang gesehen in irgendeiner Form einen Vorteil erlangen, mithin eine Gegenleistung erhalten. Die Gewährung eines Schutzes bedingt folglich eine Kompensation. Diese kann etwa in Form einer Seitenzahlung, eines Subun-

²³ Zu den folgenden zwei Abschnitten s. *Tunnelreinigung*, S. 206 ff., Rz. 78 ff. mit entsprechenden Verweisen (vgl. Fn. 14).

ternehmerauftrages oder eines anderweitigen «Gefallens» bestehen.²⁴ In der Praxis der WEKO zeigte sich, dass die Kompensation bzw. Gegenleistung für die Zuteilung eines Projektes oder den Eingabeverzicht in der Regel durch die Schutzgewährung in einem anderen Beschaffungsverfahren abgegolten wurde. Die Abredeteiligen wechselten sich mit anderen Worten als designierte Zuschlagsempfängerinnen ab. Es bestand folglich häufig ein natürlicher Konsens der Abredeteiligen über mehrere Ausschreibungen hinweg. Spieltheoretisch ausgedrückt: Durch die wiederholte Absprache mehrerer Beschaffungen können Abredeteilige auf vergangenes Verhalten ihrer Abredepartner reagieren, d.h. sich in zukünftigen Vergabeverfahren gegenseitig «belohnen» (oder «bestrafen»).

Welchen Inhalt der natürliche Konsens zwischen Unternehmen hat, insbesondere ob er darüber besteht, sich dauerhaft und über mehrere Beschaffungen hinweg in einer bestimmten Form zu koordinieren und damit das Konkurrenzverhältnis einzuschränken, ist primär eine Sachverhaltsfrage. Der Inhalt des Konsenses kann unterschiedlich sein und ist einzelfallbezogen festzustellen. So kann er sich beispielsweise auf die Zuteilung von allen oder nur einer bestimmten Art von Bauprojekten beziehen oder die Aufteilung nach Beschaffungsgebieten oder Bauherren/innen beschlagen. Die Bestimmung des Preises der designierten Gewinnerofferte kann im Voraus festgelegt sein oder situativ erfolgen. Der Konsens kann sodann schriftlich festgehalten werden, mündlich erzielt worden sein oder auch konkludent.

Auch wenn, wie gezeigt, eine Kompensation mittels Gegenleistungen und damit das Vorliegen eines umfassenden Konsenses aus ökonomischer Sicht auf der Hand liegt, ist die Beweisführung nicht einfach. Soweit es der WEKO in der Vergangenheit gelang, einen dauerhaften, mehrere Beschaffungen umfassenden Konsens zwischen Unternehmen festzustellen, bezeichnete sie diesen im Kontext von Art. 5 KG als *Gesamtabrede*. Falls die WEKO keinen über das Grundverständnis eines erwarteten künftigen «Gefallens» hinausgehenden Zusammenhang zwischen einzeln abgesprochenen Beschaffungen zu ermitteln vermochte, bezeichnete sie Submissionsabreden über einzelne Vergaben als *Einzelabreden*.

²⁴ Teilweise gaben Kartellbeteiligte an, auf Anfrage von Beschaffungsstellen eine Offerte einzureichen, auch wenn sie keinerlei Interesse am Auftrag gehabt hätten, nur um bei den Vergabestellen im Gespräch zu bleiben und ein anderes Mal wiederum angefragt zu werden. Da die Erstellung einer Offerte mit Aufwand verbunden sei, sei es einfacher gewesen, die Offerte eines am Vergabeprozess teilnehmenden Konkurrenten zu erfragen, diese im Wesentlichen zu übernehmen, aber zu einem höheren Preis einzugeben. Mit der Überlassung der eigenen Offerte erbringt der Schutznehmer dem Schutzgeber einen «Gefallen» im Hinblick auf künftige Ausschreibungen derselben Beschaffungsstelle und erhält dafür die Gewissheit, im konkreten Fall nicht konkurrenziert zu werden. Koordinationen aus diesem Motiv stellen – unabhängig von der Glaubwürdigkeit eines solchen Vortrags – gemäss WEKO-Praxis ebenfalls unzulässige Abreden dar.

Der gelungene Nachweis einer Gesamtabrede hat verschiedene Konsequenzen, z.B. für die Marktabgrenzung, die Würdigung der Wettbewerbsbeseitigung oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie für die Sanktionierung. Beweist die Behörde das Vorliegen einer Gesamtabrede, hat sie nicht zusätzlich Abreden einzelner Beschaffungen zu beweisen – denn diese sind ja der bewiesenen Gesamtabrede und deren Umsetzung inhärent und können daher als blosse «Umsetzungsabreden» bezeichnet werden. Sich dabei auf den Standpunkt zu stellen, eine Gesamtabrede sei bloss die Summe der Einzelabreden, ist allerdings unrichtig. Der Konsens bei einer Gesamtabrede ist ein inhaltlich anderer: er besteht im Willen der Abredeteiligen, sich dauerhaft über mehrere Beschaffungen hinweg (in der je nach im einzelnen Umsetzungsfall geboten erscheinender, z.T. unterschiedlicher Zusammensetzung) zu koordinieren. Bei Einzelabreden bezieht sich der Konsens der jeweils Beteiligten hingegen nur gerade auf die ad hoc Zuteilung einer einzelnen Beschaffung.

Als Beispiel für eine Gesamtabrede sei der hiervor erwähnte, rechtskräftige Entscheid im Fall *Münstertal*²⁵ angeführt: Mehrere Bauunternehmen legten zwischen 2004 bis 2012 für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger sowie den jeweiligen Offertpreis fest. Diese Unternehmen bezweckten, sich bezüglich Zuschlag und Preis grundsätzlich – und nicht etwa nur für einzelne sporadische Beschaffungen – nicht zu konkurrenzieren. Die Gesamtabrede wurde schliesslich mit Umsetzungsabreden über 100 Bauprojekte umgesetzt. Der Konsens der Unternehmen beschränkte sich dabei nicht auf eine bestimmte Anzahl von Bauprojekten, sondern bezog sich generell darauf, das unternehmensindividuelle Interesse an Bauprojekten miteinander zu besprechen und die Bauprojekte untereinander aufzuteilen. Schätzungsweise 85 Prozent der öffentlichen Vergaben im betroffenen Gebiet waren in der Folge von dieser Gesamtabrede betroffen. Im Entscheid *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*²⁶ hingegen konnte ein solch umfassender Konsens nicht festgestellt werden. Vielmehr musste die WEKO sachverhältnismässig davon ausgehen, dass sich verschiedene Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen ad hoc für rund 30 Vergaben absprachen, so dass hier eine entsprechende Anzahl von Einzelabreden (rechtskräftig) festgestellt wurde.

b) Sanktionierung von Submissionsabreden

Die WEKO entwickelte mit den Entscheiden zu Submissionskartellen nicht nur die Sanktionspraxis im Allgemeinen (wie etwa hinsichtlich des Gehalts von Selbstanzeigen und der entsprechenden Höhe der Sanktionsreduktion oder in Fragen der Unternehmenskontinuität), sondern auch zu spezifischen Fragen. Hervorzuheben sind die Sanktionie-

²⁵ Vgl. Fn. 17.

²⁶ Vgl. Fn. 6.

zung umsatzloser Abredeteilnahmen sowie die Beurteilung der Schwere der Verstösse für unterschiedliche Abredekonstellationen.

Der Basisbetrag für die Sanktionsbestimmung bemisst sich gemäss Art. 49a Abs. 1 KG nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Während Gesamtabreden einen grösseren relevanten Markt betreffen, beziehen sich Einzelabreden auf einzelne Beschaffungsobjekte. Folglich sind bei der Sanktionsbemessung für eine Gesamtabrede sämtliche in einem relevanten Markt erzielten Umsätze einzubeziehen. Im Falle von Einzelabreden bildet hingegen das einzelne Beschaffungsobjekt bzw. die tiefste der abgesprochenen Offerten die Basis für die Sanktionierung.

Gesamtabreden stellen schwerwiegende Verstösse dar, weshalb die WEKO unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien wie der Beseitigung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie des betroffenen Beschaffungsvolumens die Basisbeträge in ihren Entscheiden meist zwischen 8-10 Prozent festlegte. Einzelabreden handhabte die WEKO aus verschiedenen Gründen differenzierter: Während erfolgreiche Schutznehmer infolge der Zuschlagserteilung einen Umsatz erzielen, realisieren Schutzgeber keinen Umsatz. Ähnlich gelagert ist der Fall, falls eine Abrede nicht erfolgreich war, etwa da ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat oder ein Bauprojekt nach erfolgter Zuschlagserteilung nicht ausgeführt wurde. Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 SVKG bemisst sich die Sanktion für unzulässige Verhaltensweisen am erzielten Umsatz auf dem relevanten Markt. Somit würde eine rein auf der Basis des Umsatzes auf dem relevanten Markt zu bemessende Sanktion folglich für Schutzgeber und im Falle von erfolglosen Abreden aufgrund des fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen. Letzteres widerspricht jedoch Art. 49a KG und entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck der SVKG.

Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen sanktionierte die WEKO auch umsatzlose Abredeteilnahmen²⁷ und legte für verschiedene Konstellationen jeweils einen Basisbetrag fest, der das tiefste abgesprochene Angebot einbezieht und die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt: Soweit Submissionsabreden erfolgreich waren und diese den wirksamen Wettbewerb beseitigten, sprach sie für das schutznehmende Unternehmen einen Basisbetrag von zehn Prozent und die Schutzgeber ein solcher von fünf Prozent aus. Erfolgreiche Abreden, die den wirksamen Wettbewerb un gerechtfertigt beeinträchtigen, führen zu einem Basisbetrag von acht Prozent für das schutznehmende Unternehmen und von vier Prozent für die schutzgebenden Unternehmen. Soweit Abreden erfolglos blieben, rechnete die WEKO mit einem Basisbetrag von fünf Prozent für die Schutznehmerin und der Hälfte für die Schutzgeberin. Basis für die

²⁷ In diesem Sinne auch das BVGer in seinen Entscheiden vom 25. Juni 2018 (s. Fn. 12).

Umsatzberechnung bildete dabei in allen Konstellationen für alle Abredebeteiligten der (potenzielle) Umsatz der Schutznehmerin.²⁸

c) **Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften**

Bietergemeinschaften (BIEGE) und Arbeitsgemeinschaften (ARGE) kommen gerade im Baugewerbe häufig vor. Sie beinhalten eine vertragliche Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen, sind in der Regel zeitlich auf die gemeinsame Durchführung eines bestimmten Bauprojekts begrenzt und werden aus verschiedensten Gründen gebildet, beispielsweise zur Erfüllung der Eignungskriterien, Überwindung einer Markteintrittsbarriere oder Tragbarkeit der Risiken eines Bauprojektes. BIEGE und ARGE ermöglichen es Unternehmen oftmals erst, überhaupt für eine Beschaffung offerieren und ein Projekt ausführen zu können. Sie fördern damit regelmässig den Wettbewerb, bezwecken und bewirken folglich keine Wettbewerbsbeschränkung. Solche BIEGE und ARGE, die den Wettbewerb nicht beschränken, sind grundsätzlich nicht als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, womit es nicht zu einer Prüfung gemäss Art. 5 KG kommt. Mit anderen Worten stellen BIEGE und ARGE in der Regel keine kartellrechtlichen Abreden dar und sind diesfalls zulässig.²⁹

Gegenstand der hiervor aufgeführten Untersuchungen und Entscheide bildeten denn auch nicht BIEGE oder ARGE, sondern Submissionsabreden. Soweit ARGE zur Sprache kamen, boten die zwischen den ARGE-Partnern getroffenen Submissionsabreden Anlass für kartellrechtliche Bedenken, nicht aber die ARGE als solche.³⁰ Im Entscheid *Elektroinstallationsbetriebe Bern* etwa bildeten Unternehmen für einzelne Ausschreibungen «ARGE». Allerdings dienten diese bloss als Deckmantel für Submissionsabreden. So legten sie den Beschaffungsstellen die «ARGE» nicht offen, vielmehr reichten die einzelnen «ARGE»-Partner jeweils separate Offerten ein. Damit erweckten sie den Anschein von Wettbewerb und täuschten die Beschaffungsstellen.

B. Prävention

«Sensibilisieren und verhindern»: So etwa lässt sich das Motto der WEKO und ihres Sekretariates und anderer Wettbewerbsbehörden³¹ für ihre Präventionsarbeiten beschrei-

²⁸ Vgl. dazu primär die WEKO-Entscheide vom 2. Oktober 2017 (s. Fn. 18).

²⁹ Vgl. dazu mit entsprechenden Verweisen STÜSSI/LÜTHI, S. 205 ff.; Jahresbericht 2013 der WEKO, RPW 2014/1, S. 5 f.

³⁰ Vgl. dazu die zwei WEKO-Entscheide *Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich* (vgl. Fn. 6 und 12), *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (vgl. Fn. 11) und *Engadin I* (vgl. Fn. 19).

³¹ Dazu etwa BUNDESKARTELLAMT; OECD, *Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2009; SEKRETARIAT DER WEKO, Checkliste «Indizien für Submis-

ben. Ab 2007³² bot das Sekretariat der WEKO im Rahmen der Aus- und Weiterbildung im Beschaffungswesen des Kompetenzzentrums Beschaffungswesen Bund (KBB) für die Bundesverwaltung und die öffentlichen Unternehmungen des Bundes jährlich ein Ausbildungsmodul für Einkäufer/innen an. Ab 2009 ergab sich die Möglichkeit, in verschiedenen Kantonen Sensibilisierungsveranstaltungen durchzuführen. Das Interesse an diesen halb- oder ganztägigen Veranstaltungen nahm über die Jahre stetig zu, was u.a. mit den WEKO-Entscheiden zusammenhängt. Darüber hinaus hielten Vertreter/innen der Wettbewerbsbehörden zahlreiche Vorträge zum Thema Submissionsabreden. Ziel sämtlicher Veranstaltungen und Präsentationen ist die Sensibilisierung von Einkäufern/innen, Entscheidungsträgern/innen und einem breiten Publikum.

Den wesentlichen Inhalt der Veranstaltungen bilden folgende Elemente:³³ *Erstens* die Notwendigkeit des Aufbaus von Kenntnissen über einen Beschaffungsmarkt (u.a. über Marktteilnehmende, Produkte und Dienstleistungen, allfällige Substitute) vor der Durchführung der Beschaffung. Dieses Wissen erlaubt objektive Vergaben und eine Einschätzung des Kollisionsrisikos in den betreffenden Märkten. Letzteres ist z.B. in statischen, kleinräumigen Märkten mit wenigen Marktteilnehmenden höher als in dynamischen, internationalen Märkten mit vielen Marktakteuren. *Zweitens* die Kombination von Beschaffungsrecht und Marktkenntnissen bei gleichzeitiger Minimierung des Abspracherisikos. Beispielsweise erkannte die WEKO im Entscheid *Tunnelreinigung*, dass diverse Beschaffungsstellen Tunnelreinigungen in gleichen Zeitintervallen durchführten. Dieses Vorgehen dezimierte die ohnehin geringe Anzahl Reinigungsunternehmen pro Vergabeverfahren, so dass der Wettbewerb zusätzlich reduziert und die Abreden erleichtert wurden. *Drittens* die Vermittlung der Indizien für Abreden, wie z.B. nicht nachvollziehbare Preissteigerungen im Vergleich zu früheren Beschaffungen, ähnliche oder gar identische Offerten unterschiedlicher Submittenten, eine deutlich grössere Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Zuschlagsempfängerin zum zweitbesten Angebot im Vergleich zu den Preisdifferenzen zwischen dem zweitbesten Angebot und den restlichen Angeboten. Diese drei wesentlichen Elemente untermauern die Wettbewerbsbehörden anlässlich der Sensibilisierungsveranstaltungen mit ihren Entscheiden und den daraus erwachsenden Erkenntnissen.

Unter die Präventionsarbeit der Wettbewerbsbehörden fällt auch, gestützt auf Art. 46 KG an den Revisionsarbeiten des Beschaffungsrechts mitzuwirken und damit die in Kartellverfahren gewonnenen Erfahrungen und Erkenntnisse einfließen zu lassen. Zudem geht von den WEKO-Entscheiden ein präventiver Effekt aus. Sie erhöhen das Wissen und die

sionsabsprachen», RPW 2006/2, S. 414 f. Der OECD-Leitfaden existiert in 26 Sprachen, was die internationale Dimension der Thematik aufzeigt.

³² Dazu WEKO in ihrem Jahresbericht 2015 (vgl. Fn. 8).

³³ Dazu WEKO in ihren Jahresbericht 2018 und 2015 (vgl. Fn. 8); GRÄTZ/STÜSSI, S. 86 ff.

Sensibilisierung in Bezug auf Submissionskartelle, führen zu einem öffentlichen Diskurs und schrecken Unternehmen davon ab, Submissionsabreden zu treffen.

C. Statistische Aufdeckung

Am Anfang eines Verfahrens der WEKO steht ein Auslöser, meist in Form einer Anzeige oder eines Hinweises: Anzeige oder Selbstanzeige eines Unternehmens, Hinweise eines/r Bürger/in, Beschwerden von öffentlichen Ämtern, Parlamenten oder Regierungen, Meldungen von Whistleblowern etc. Die WEKO speist sich weitgehend aus solchen Anzeigen und Meldungen. Im Vergabebereich treten zunehmend betroffene Beschaffungsstellen mit Auffälligkeiten an die WEKO und ihr Sekretariat heran. Dies lässt sich nicht nur auf die in Art. 33 Org-VöB verankerte Pflicht zur Meldung von Verdachtsmomenten an die WEKO zurückführen, sondern auch auf die erhöhte Sensibilität der Beschaffungsstellen.

Jede Anzeige erhöht die präventive Wirkung des Kartellgesetzes. Je stärker Unternehmen die Aufdeckung von Abreden fürchten müssen, desto seltener treffen sie solche. Die WEKO und ihr Sekretariat haben entschieden, dieses präventive Element zu verstärken, indem sie proaktiv (Submissions-)Abreden aufzudecken versuchen und zu diesem Zweck in einem Pilotprojekt statistische Kennwerte zur aktiven Aufdeckung von Abreden entwickelt haben, nämlich den «Variationskoeffizienten» und das «relative Distanzmass». Unter den so genannten Screening-Methoden zählen diese Kennwerte zum Verhaltensscreening.³⁴

Die vom Sekretariat der WEKO entwickelten statistischen Indikatoren beruhen auf einer zentralen Annahme: Die Verteilung der Offertpreise verändert sich in Vergabeprozessen in Abhängigkeit davon, ob Unternehmen Submissionsabreden getroffen haben oder nicht. So ist die Streuung der Angebote während einer Kartellphase regelmässig kleiner als ausserhalb einer Kartellphase. Diese Angebotsstreuung lässt sich mit dem Variationskoeffizienten messen. Zudem ist infolge von Abreden die Differenz zwischen dem abgesprochenen «tiefsten» Offertpreis zum «zweittiefsten» Offertpreise oftmals grösser als die Differenzen zwischen der «zweittiefsten» und den nachfolgenden abgesprochenen Offerten. Durch diese Differenz zum «tiefsten» Offertpreise stellen die sich absprechenden Unternehmen sicher, dass die designierte Zuschlagsempfängerin den Zuschlag unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien erhält. Diese Differenzen lassen sich mit dem relativen Distanzmass messen.

Das Sekretariat benötigte für die Entwicklung dieser Kennwerte vor allem Offertdaten aus Ausschreibungen während und ausserhalb von Kartellphasen. Die Untersuchung

³⁴ Einfach erklärt durch IMHOF, Mit Statistik gegen Kartelle, S. 20 f.

Strassenbeläge Tessin eignete sich als Ausgangspunkt, da Daten von über 200 Strassenbauprojekten vorlagen und diese zudem einen Vergleich zwischen dem Angebotsverhalten während und ausserhalb der Abredephase ermöglichten. Dies lässt sich anhand der in jenem Entscheid³⁵ enthaltenen Streuungsdarstellung illustrieren.

Im Jahr 2009 intensivierte das Sekretariat der WEKO die Suche nach geeigneten Offertdaten. Diese sollten es erlauben, die erlangten Erkenntnisse in anderen Gebieten als im Tessin anzuwenden. Wie bei der Entwicklung galt bei der Anwendung der Kennwerte, dass eine grössere Anzahl Daten robustere Resultate ergibt. Die Bemühungen und statistischen Arbeiten führten 2013 erstmals zur analysegestützten Eröffnung einer Untersuchung.³⁶ Die Wettbewerbsbehörden deckten im Rahmen dieser Untersuchung ein jahrelang bestehendes, umfassendes Submissionskartell auf.

Mit den Arbeiten und dem Erfolg wuchs das Interesse sowohl in wissenschaftlichen³⁷ als auch angewandten Kreisen³⁸. So wurden die entsprechenden Arbeiten des Sekretariates an ökonomischen Tagungen³⁹ diskutiert und fanden Eingang in wissenschaftliche Journals⁴⁰. Gleichzeitig wuchs das Interesse anderer Wettbewerbsbehörden am Screening-Tool der WEKO. Die Wettbewerbsbehörden standen deshalb in Kontakt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden (wie etwa Irland, Japan, Kanada und Portugal) und präsentierten ihre Erkenntnisse an zwei Roundtables der OECD⁴¹.

Das Screening-Tool erlaubt zwar nicht die Aufdeckung eines Kartells mittels eines simplen Knopfdrucks. Die Erlangung, Aufbereitung und Analyse von Offertdaten setzt insbesondere statistische Kenntnisse, Marktkenntnisse und Ressourcen voraus. Jedoch ist die Anwendung dieses Instrument relativ einfach lernbar und steht grundsätzlich allen

³⁵ Dazu S. 103, Abb. 2 (vgl. Fn. 3).

³⁶ WEKO-Entscheid *Bauleistungen See-Gaster* (s. Fn. 15).

³⁷ Vgl. etwa IMHOF, *Empirical Methods for Detecting Bid-Rigging Cartels*, <http://www.theses.fr/2018UBFCB005> (besucht am 10.05.2019).

³⁸ Vgl. auch OECD, *Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Report on Implementing the OECD Recommendation*, 2016.

³⁹ Association of Competition Economics (ACE), Annual Conference, Switzerland Antitrust – Bid Rigging in Construction Works (See Gaster), 16. November 2018, Bologna, https://www.competitioneconomics.org/events/annual_conferences/ (besucht am 08.05.2019); European Association for Research in Industrial Economics (EARIE), 41st Annual Conference, Screening for Bid Rigging – Does it Work, 30. August 2014, Mailand <http://www.earie2014.org/index.php?page=13> (besucht am 08.05.2019).

⁴⁰ Vgl. IMHOF mit Verweisen (s. Fn. 34).

⁴¹ OECD-BWB, Workshop on Complex Cartel Case Management, 6.-7. Dezember 2018, Wien <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-bwb-workshop-on-complex-cartel-case-management.htm> (besucht am 08.05.2019); OECD, Workshop on Cartel Screening in the Digital Era, 30. Januar 2018, Paris, <https://www.oecd.org/competition/workshop-on-cartel-screening-in-the-digital-era.htm> (besucht am 08.05.2019).

Behörden und auch Beschaffungsstellen offen.⁴² Soweit genügend gute Offertdaten existieren, können diese analysiert und damit Auffälligkeiten im Bieterverhalten von Submittenten, d.h. Indizien für Submissionsabreden, aufgedeckt werden. Somit erhöht sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen und folglich auch die Angst von Unternehmen, Abreden zu schliessen.⁴³

D. Fazit

Die WEKO und ihr Sekretariat investierten in den letzten rund zehn Jahren in Praxis, Prävention und Aufdeckung von Submissionsabreden. Diverse rechtskräftige Entscheide zeigen die Verbreitung, das Funktionieren und die Schädlichkeit von Submissionskartellen. Die WEKO-Entscheide schrecken Unternehmen davor ab, Submissionsabreden zu treffen. In Sensibilisierungsveranstaltungen illustrieren die Wettbewerbsbehörden den Beschaffungsstellen, wie Submissionskartelle erkannt und deren Risiko minimiert werden können. Zudem gelang es, statistische Kennwerte zu entwickeln, die der aktiven Aufdeckung von Kartellen dienen. Zwischen WEKO-Entscheiden, präventiven Tätigkeiten und der statistischen Aufdeckung von Submissionsabreden existiert eine Wechselwirkung, welche die Bekämpfung dieser Kartelle effektiv und effizient gestaltet.

III. Zivilrechtlicher Schadenersatz für Kartellopfer

Die Durchsetzung des Kartellrechts auf öffentlich-rechtlichem Weg führt zur Unterbindung des rechtswidrigen Verhaltens. Die zur Verfügung stehenden Sanktionen haben einen abschreckenden Effekt, so dass es zu weniger Kartellrechtsverstössen in der Zukunft kommt. Das *public enforcement* führt aber nicht zu einer Entschädigung der Kartellopfer. Hierzu bedarf es zivilrechtlicher Instrumente. Das 3. Kapitel des Kartellgesetzes ist dem zivilrechtlichen Verfahren gewidmet. In Art. 12 KG finden sich die «Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung», nämlich die Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe. Das Obligationenrecht ist ergänzend heranzuziehen. Im vorliegenden Zusammenhang soll der Schadenersatzanspruch herausgegriffen werden. Das Opfer eines Submissionskartells muss sechs Voraussetzungen beweisen (A.) und darauf achten, dass der Anspruch nicht verjährt (B.).

⁴² Vgl. Anwendung der statistischen Methode gemäss Medienmitteilung vom 6. Mai 2019 des Kantons Thurgau (<https://www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/38894>, besucht am 07.05.2019).

⁴³ Auch die OECD empfiehlt die Entwicklung und Anwendung von statistischen Methoden, s. z.B. OECD, *Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)27, 2013.

A. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs

Der in Art. 12 Abs. 1 lit. b KG aufgeführte Schadenersatzanspruch setzt neben der Aktivlegitimation der Anspruchsteller/innen und der Passivlegitimation der Anspruchsgegner/innen einen Kartellrechtsverstoss, einen Schaden, Kausalität und Verschulden voraus.

1. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist gemäss Art. 12 Abs. 1 KG, wer «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird». Unternehmen sind aufgrund dieser Formulierung in weitestem Umfang zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen berechtigt. Werden also private oder öffentliche Unternehmen Opfer eines Submissionskartells, besteht an ihrer Berechtigung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen kein Zweifel. Auch für den Staat und seine Untergliederungen ist die Anspruchsberechtigung anerkannt.⁴⁴ So können beispielsweise Bund, Kantone und Gemeinden den Schaden einklagen, den sie aufgrund eines Submissionskartells erlitten haben.

Anders sieht es bei den Konsumenten/innen aus. Sie nehmen keinen Wettbewerb auf und üben ihn auch nicht aus, so dass sie die eingangs von Art. 12 Abs. 1 KG aufgestellte Anforderung nicht erfüllen. Die herrschende Meinung zieht hieraus die Konsequenz, dass Konsumenten/innen zur Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche nicht berechtigt sind.⁴⁵ Nach gut begründeter Auffassung können Konsumenten/innen dann zwar auf der allgemeinen deliktsrechtlichen Grundlage, nämlich Art. 41 OR, vorgehen.⁴⁶ Diese Einschätzung ist aber umstritten und deshalb nur eine unsichere Grundlage für eine Prozessführung in der Praxis. Die Aktivlegitimation privater, nicht-unternehmerischer Bauherren/innen für die Erhebung von Schadenersatzklagen im Fall manipulierter Gebote ist demnach zweifelhaft und das dadurch entstehende Risiko schreckt unnötigerweise von der Erhebung von Zivilklagen ab.

Die Rechtslage ist unbefriedigend, und der Gesetzgeber sollte den Konsumenten/innen die kartellzivilrechtliche Aktivlegitimation einräumen bzw. deren Existenz in klarer Form festschreiben.⁴⁷ Abgesehen von dieser dringend erforderlichen Gesetzesänderung stellt sich die Frage, wie weit die Ausschlusswirkung von Art. 12 KG nach geltendem Recht reicht. Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass Art. 12 KG – vergleichbar mit den Art. 9 UWG, 72 ff. PatG, 55 MSchG, 35 DesG und 62 URG – deliktischen Charakter hat: Die Vorschrift regelt also nur die Rechtsfragen, die sich in Abwesenheit einer Son-

⁴⁴ VETTER, Art. 12 Rn. 3.

⁴⁵ Statt aller s. BUNDESRAT, Botschaft KG-Revision 2012, 3948.

⁴⁶ S. nur STOFFEL, S. 102.

⁴⁷ S. bspw. HEINEMANN, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage*, 66 f.

derverbindung zwischen den Parteien stellen. Besteht zwischen den Parteien hingegen ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis, treten vertragliche Haftungsgrundlagen hinzu.

So verhält es sich bei den Submissionsabreden: Der Auftraggeber schliesst in aller Regel mit einem der Bieter einen Vertrag über die ausgeschriebene Leistung ab. Zu diesem steht er also in einem vertraglichen Verhältnis. Im Verhältnis zu den anderen Bietern kommen die Regeln über das Verhalten vor und bei Vertragsschluss, also die Grundsätze der *culpa in contrahendo* (c.i.c.) zur Anwendung. In Abwesenheit einer einschlägigen Praxis sind die Konturen unklar. Auch die Literatur hat sich noch nicht systematisch mit den Einzelheiten der vertraglichen Kartellhaftung beschäftigt.⁴⁸ Entscheidend ist die Frage, ob eine vorvertragliche Pflicht zur Information über die Beteiligung an einer Kartellabsprache besteht. Gegenüber den Schutzgebern könnte die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht Ansprüche aus c.i.c. auslösen. Gegenüber dem Schutznehmer, der den Zuschlag erhält und mit dem Auftraggeber einen Vertrag abschliesst, könnten diese vorvertraglichen Pflichten in vertragliche umschlagen und dann Ansprüche aus Art. 97 ff. OR auslösen.⁴⁹ Beim ersten Schritt, der Existenz einer entsprechenden Aufklärungspflicht, bestehen allerdings Zweifel.⁵⁰ Für die Zwecke der Praxis kann dieser Stolperstein dadurch aus dem Weg geräumt werden, dass sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren und sodann im Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger zusichern lässt, dass der Bieter nicht an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt ist.⁵¹ An einer Pflichtverletzung besteht im Fall unrichtiger Angaben kein Zweifel.⁵²

2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert sind diejenigen Unternehmen, die an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind. Dies ist nicht nur das Unternehmen, mit dem nach Durchführung des Submissionsverfahrens der Vertrag zustande gekommen ist, sondern betrifft alle Unternehmen, die am Submissionskartell beteiligt waren. Sie haften gemäss Art. 50 und 51 OR als Solidarschuldner. Der Auftraggeber ist also nicht darauf beschränkt, den Vertragspartner in Anspruch zu nehmen, sondern kann frei entscheiden, gegen welche Kar-

⁴⁸ Im Vordergrund steht die Diskussion um die Reichweite der Nichtigkeit von Verträgen im Fall von Kartellrechtsverstössen, s. hierzu z.B. ARNET, Art. 13 Rn. 16 ff.

⁴⁹ Zum Verhältnis von Haftung aus c.i.c. und aus Vertrag s. HUGUENIN, Rn. 1565.

⁵⁰ Für das deutsche Recht s. FRANCK, 222 ff.

⁵¹ Kantonale Gesetze sehen teilweise eine Pflicht zur Selbstdeklaration hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen vor und spezifizieren die Rechtsfolgen im Fall einer Pflichtverletzung, z.B. ein Recht auf Vertragsauflösung und den Ausschluss von künftigen Beschaffungen, s. z.B. Art. 10 und 32 Submissionsgesetz Graubünden (SubG, SR 803.300).

⁵² Ausserdem ist an die Möglichkeit der Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) mit Rückforderung nach Bereicherungsrecht zu denken.

tellbeteiligten er vorgeht.⁵³ Es ist auch denkbar, dass ein Auftraggeber Schadenersatzansprüche gegen die Kartellmitglieder geltend macht, obwohl er den Auftrag an einen Konkurrenten vergeben hat, der nicht am Kartell beteiligt war: Das Kartell kann nämlich die Preise heraufgetrieben haben, so dass auch die Kunden/innen kartellrechtskonformer Anbieter zu viel gezahlt haben (sog. «Preisschirmeffekt»⁵⁴).

3. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Der Schadenersatzanspruch aus Art. 12 KG setzt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, im vorliegenden Zusammenhang also ein verbotenes Submissionskartell voraus. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast (Art. 8 ZGB) muss der Auftraggeber die Existenz einer Wettbewerbsabrede nachweisen, wobei im Fall eines Submissionskartells typischerweise eine Preis- und Geschäftspartnerabrede vorliegt, was gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auslöst. Es liegt dann bei den Kartellbeteiligten, die Vermutung umzustossen, was eine Definition der relevanten Märkte und den Nachweis ausreichenden Aussen- oder Innenwettbewerbs voraussetzt. Gelingt die Umstossung der Vermutung, hat der Auftraggeber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachzuweisen. Dieser Nachweis ist seit dem *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts deutlich leichter geworden, weil nun im Fall von Vermutungstatbeständen grundsätzlich Erheblichkeit anzunehmen ist.⁵⁵ Eine allfällige Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist wiederum von den Kartellbeteiligten zu beweisen.

Kartelle werden insgeheim praktiziert und in mühseliger Detailarbeit durch Wettbewerbsbehörden aufgedeckt. Die Erfolgsaussichten von *stand alone*-Schadenersatzklagen (also von Zivilverfahren ohne vorangegangenes Behördenverfahren) sind deshalb eher gering. In der EU wurde speziell für das Kartellrecht eine an spezifische Voraussetzungen geknüpfte Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln eingeführt.⁵⁶ Der Schweizer Gesetzgeber sollte sich hieran orientieren: Ohne besseren Zugang zu Beweismitteln ist eine Bedeutungszunahme der *stand alone*-Klagen nicht zu erwarten. Aber auch die Follow-on-Klagen könnten durch den Gesetzgeber aufgewertet werden. Ein rechtskräftiger WEKO-Entscheid wird in einem Zivilverfahren zwar grosse Autorität haben. Formell

⁵³ REYMOND, Art. 12 Rn. 35, 107.

⁵⁴ S. hierzu EuGH, 5.6.2014, Rs. C-557/12 – *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317 und PICHT/FREUND, Rn. 30 f.

⁵⁵ BGE 143 II 297.

⁵⁶ S. Art. 5 der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/I («EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie»).

bindend ist er aber für das Zivilgericht nicht.⁵⁷ Auch hier könnte die EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie zur Orientierung dienen: In der EU sind nationale Gerichte an die bestandskräftige Feststellung einer Zuwiderhandlung durch Wettbewerbsbehörden bzw. Gerichte gebunden.⁵⁸

Hiermit wird aber eben nur der Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert. Die WEKO untersucht nicht, zu welchem Schaden die Gesetzesverletzung geführt hat, und widmet sich deshalb auch nicht der Frage der Kausalität zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Schaden. Hier stellen sich weitere Schwierigkeiten, auf die im Folgenden einzugehen ist.

4. Schaden und Kausalität

Nach den allgemeinen Grundsätzen, nämlich der Differenzhypothese, ist die Situation herzustellen, die ohne das schädigende Ereignis bestünde. Bei den Submissionskartellen besteht der Schaden im kartellrechtswidrigen Aufpreis. Dessen Ermittlung bereitet grösste Schwierigkeiten, da Feststellungen darüber zu treffen sind, welcher Preis sich bei echtem Wettbewerb, d.h. solchem ohne Abrede, ergeben hätte. Die Quantifizierung des Schadens ist ein Hauptproblem im Kartellzivilrecht.⁵⁹ Stellt man hier übertriebene Anforderungen, werden die Kosten für ökonomische Expertisen in die Höhe getrieben, wenn nicht die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gar gänzlich illusorisch wird.⁶⁰

In der EU gilt gemäss Art. 17 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie, «dass weder die Beweislast noch das Beweismass für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren» dürfen.⁶¹ Das schweizerische Recht weist seit jeher die nötige Flexibilität auf, sieht doch Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit der Schadensschätzung vor. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich die Befugnis des Gerichts zur Schadensschätzung nicht lediglich auf den Schadenumfang, sondern bereits auf die Frage erstreckt, ob über-

⁵⁷ Zum Beweiswert ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheide s. PICH/FREUND, Rn. 20 f. (s. Fn. 54).

⁵⁸ Art. 9 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

⁵⁹ Die Komplexität wird beispielsweise im Leitfaden der europäischen Wettbewerbsbehörde deutlich, der 79 Seiten umfasst, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION.

⁶⁰ Wenigstens stellt sich bei den Submissionskartellen i.d.R. nicht die Frage des *passing on*, also das Problem, ob der Schaden der Kartellkunden dadurch gemindert wird, dass sie den Kartellaufschlag an ihre eigenen Kunden weitergereicht haben. Bei den Submissionskartellen geht es regelmässig um Projekte, die nicht weiterverkauft werden.

⁶¹ Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie enthält sogar die (widerlegliche) Vermutung, «dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen».

haupt ein Schaden entstanden ist.⁶² Die Praktikabilität kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche hängt entscheidend von dem Gebrauch ab, den die Zivilgerichte von dem hierdurch geschaffenen Spielraum machen.⁶³

Den Auftraggebern ist zu empfehlen, bereits im Vorfeld die sich hier ergebenden Risiken zu entschärfen. Sie können beispielsweise in den Vertrag mit dem erfolgreichen Submittenten eine Vertragsstrafe aufnehmen (Art. 160 OR), was gemäss Art. 163 Abs. 1 OR in angemessener Höhe möglich ist.⁶⁴ In der Praxis häufiger sind vertragliche Regelungen zur Schadenpauschalierung. Der Schaden wird hierdurch auf einen bestimmten Prozentsatz der Auftragssumme festgelegt. In der Literatur werden Sätze von 5-15 Prozent genannt.⁶⁵ Die Auseinandersetzung über die Schadenhöhe bzw. über die Frage der Kausalität des Kartellrechtsverstosses für den Schaden wird hierdurch vermieden. Allerdings sollte der Gegenseite der Nachweis möglich bleiben, dass in Wirklichkeit ein niedrigerer Schaden als die Pauschale angefallen ist. Für harte Verstösse, wie z.B. Submissionskartelle, sollte ein Satz am oberen Rand, also 15 Prozent der Auftragssumme, gewählt werden.⁶⁶ Angesichts der ökonomischen Erkenntnisse⁶⁷ erscheint es unwahrscheinlich, dass ein Gericht einen solchen Satz analog Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen würde.

5. Verschulden

Der Schadenersatzanspruch setzt Absicht oder Fahrlässigkeit voraus (Art. 41 OR; für vertragliche Ansprüche Art. 97 Abs. 1 OR, wobei das Verschulden dort vermutet wird). Bei Kernbeschränkungen wie Submissionsabreden liegt in der Regel Absicht vor. Mitarbeiterverhalten wird nach den allgemeinen Grundsätzen zugerechnet, also Organverhalten bei Aktiengesellschaften nach Art. 722 OR (für juristische Personen allgemein Art. 55 Abs. 2 ZGB), die Handlungen von Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR bei vertraglichen Ansprüchen und das Verhalten von Hilfspersonen nach Art. 55 OR bei deliktischen Ansprüchen.

⁶² REYMOND, Rn. 92 (Fn. 53).

⁶³ Ein positives Beispiel ist HGer Aargau, 13. Februar 2003, RPW 2003/2, 451 – *Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau*. Es handelt sich allerdings um das einzige Urteil in der Schweiz, in dem kartellrechtlicher Schadenersatz zugesprochen worden ist.

⁶⁴ S. Art. 32 Abs. 1 lit. b Submissionsgesetz Graubünden (oben Fn. 51): Konventionalstrafe von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme. Übermässig hohe Konventionalstrafen kann der Richter gem. Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen.

⁶⁵ Zur Praxis in Deutschland s. FUCHS, § 1 Rn. 7.

⁶⁶ Vgl. LÖWENKAMP KIRSTEN/NUYS, 61 ff., die eine Differenzierung der Pauschalsätze nach harten und weniger harten Kartellrechtsverstössen empfehlen (allerdings vor dem Hintergrund strenger Klauselkontrolle in der EU).

⁶⁷ S.o. Abschnitt I.

B. Verjährung

1. Allgemeines

Die vertraglichen Ansprüche unterliegen gemäss Art. 127, 130 I OR der Regel-Verjährung von zehn Jahren ab Fälligkeit. Auf den Anspruch aus c.i.c. ist nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁸ nicht Art. 127 OR, sondern die deliktsrechtliche Verjährungsfrist von Art. 60 OR anwendbar. Diese findet überdies und vor allem auch auf alle deliktischen Ansprüche, also auch auf den Schadenersatzanspruch aus Art. 12 KG, Anwendung. Die Verjährungsfristen gemäss Art. 60 Abs. 1 OR betragen ein Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (ab dem 1. Januar 2020: drei Jahre⁶⁹) sowie – unabhängig von einer solchen Kenntnis – zehn Jahre vom Tag der schädigenden Handlung an. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, stellt die Verjährungsregelung eine Gefahr für die Praktikabilität der kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche dar.

2. Relative Verjährungsfrist

Was die relative Frist von einem bzw. bald drei Jahren betrifft, so hat nach allgemeinen Grundsätzen der/die Kläger/in dann Kenntnis vom Schaden, wenn dieser qualitativ und quantitativ so weit konkretisiert ist, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.⁷⁰ Diese allgemeine Formulierung schafft grosse Unsicherheit.⁷¹ Kartellopfer werden dazu veranlasst, frühzeitig Klage zu erheben, um die Verjährung zu unterbrechen. Dies beeinträchtigt die Vorbereitung des Prozesses, insbesondere die Sammlung von Beweismitteln und vermindert so die Erfolgsaussichten.

Schon nach geltendem Recht sollte bei den Follow-on-Klagen davon ausgegangen werden, dass die relative Frist mangels Kenntnis von Schädiger und Schaden frühestens dann zu laufen beginnt, wenn die WEKO-Verfügung in nicht-geschwätzter Version vorliegt. Sind die relevanten Informationen (z.B. in Bezug auf die Identität von Kartellbeteiligten oder in Bezug auf Kartellobjekte) abgedeckt, liegt hingegen keine hinreichende Kenntnis vor. Zu Schwärzungen kommt es beispielsweise im Fall von Geschäftsgeheim-

⁶⁸ BGE 134 III 390.

⁶⁹ Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Änderung vom 15. Juni 2018, AS 2018 5343. In der EU gilt gem. Art. 10 Abs. 3 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie für Schadenersatzansprüche eine Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren.

⁷⁰ BGE 131 III 61.

⁷¹ Teilweise kursiert die Daumenregel, dass man ab dem WEKO-Entscheid ein Jahr Zeit habe, um zu klagen (s. z.B. www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/nach-millionenbusse-der-weko-kanton-bern-fordert-verjaehrungsverzicht-von-gebuessten-kiesfirmen, besucht 12.05.2019). Die folgenden Ausführungen sollen aufzeigen, dass zwar grössere Flexibilität besteht, allerdings von Rechtssicherheit in der Verjährungsfrage keine Rede sein kann.

nissen (s. Art. 25 Abs. 4 KG). Bei Streit um den Umfang des Geheimnisschutzes kann bis zur definitiven Klärung durch die Gerichte eine Version online gestellt werden, welche die von den Parteien gewünschten Schwärzungen in vollem Umfang enthält. Zur dauerhaften Abdeckung von Informationen kommt es im Zusammenhang mit Selbstanzeigen. Es gilt der Grundsatz, dass Unternehmen durch eine verwaltungsrechtliche Selbstanzeige im Kartellzivilrecht nicht benachteiligt werden sollen. Bonusmeldungen enthalten umfassende Informationen gerade im Hinblick auf die Wettbewerbsbeschränkungen, an denen das meldende Unternehmen beteiligt war. Es besteht die Gefahr eines *first mover disadvantage*: Durch Veröffentlichung der freiwillig gemeldeten Informationen könnte die Selbstanzeigerin überproportional mit kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen konfrontiert werden.⁷² Um dies zu verhindern, schwärzt oder anonymisiert die Wettbewerbsbehörde in ihren Verfügungen alle Informationen, welche aus einer Bonusmeldung stammen.⁷³ Die relative Verjährungsfrist beginnt dann nicht zu laufen.

3. Absolute Verjährungsfrist

Die absolute Frist, die unabhängig von der Kenntnis des Geschädigten greift, beträgt für Vermögensschäden – auch nach der Revision des Verjährungsrechts⁷⁴ – zehn Jahre. Dies erscheint auf den ersten Blick lang, zumal die Frist erst mit dem Ende der Tat, also z.B. der Auflösung des Kartells, zu laufen beginnt. Aber auch die Zehn-Jahres-Frist kann zu Problemen führen, beispielsweise wenn ein geheimes Kartell erst spät aufgedeckt wird. Im Jahr 2019 verjähren beispielsweise alle kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüche für Kartelle, die 2009 beendet wurden, selbst wenn die Opfer nichts vom Kartell wissen, und selbst dann, wenn das kartellbehördliche Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

Vor diesem Hintergrund sind restriktive Tendenzen zum Recht auf Einsicht in WEKO-Akten bedenklich. Im Grundsatz ist anerkannt, dass mutmasslichen Opfern unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ein Recht auf Einsicht in solche Akten nach Art. 19 DSGVO zustehen kann. Für öffentliche Stellen existiert in Gestalt des Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO eine besondere Amtshilfebestimmung, nach der Bundesorgane Personendaten bekannt geben dürfen, wenn «die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind». Kantone und Gemeinden können auf dieser Grundlage Einsicht in WEKO-Akten erhalten, soweit sie Opfer kartellrechtswidriger Absprachen geworden sind. Die Daten dürfen nur zum geltend gemachten Zweck verwendet werden, insbesondere für die Vorbereitung vergaberechtlicher Sanktionen oder

⁷² S. WEKO, Entscheid vom 17. September 2018, *Einsichtsgesuch i.S. Hoch- und Tiefbauleistungen Münsterthal*, RPW 2018/4, S. 723, N. 80 ff.

⁷³ Und gewährt insoweit auch keine Akteneinsicht, s. hierzu sogleich.

⁷⁴ Oben Fn. 69.

zivilrechtlicher Ansprüche. Nicht offenbart werden Informationen, die von Selbstanzeigern preisgegeben wurden, oder die Unternehmen betreffen, die nicht an der Kartelluntersuchung beteiligt waren.⁷⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall des Aargauer Baukartells eine weitere Restriktion hinzugefügt: Einsicht nach Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG dürfe erst nach Rechtskraft des Sanktionsentscheids gewährt werden.⁷⁶ Diese Rechtsprechung kann zu fatalen Konflikten mit der absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren führen: Es kommt durchaus vor, dass WEKO-Sanktionsentscheide erst nach zwei gerichtlichen Instanzen (einschliesslich der Möglichkeit der Rückverweisung an das Bundesverwaltungsgericht oder an die WEKO) rechtskräftig werden. Sind zehn Jahre seit Beendigung des Kartells verstrichen, kommt Akteneinsicht also zu spät. Die Wirksamkeit der in der Praxis allein erfolgsversprechenden Follow-on-Klagen wird hierdurch entscheidend geschwächt.⁷⁷ Am Erfordernis der Rechtskraft des Sanktionsentscheids sollte deshalb für die Zwecke der Akteneinsicht nicht festgehalten werden.

4. Fazit

Nicht nur in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der Verjährung stossen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche auf grösste Schwierigkeiten. Die Verlängerung der subjektiven Frist von einem auf drei Jahre ist sicherlich eine Verbesserung. Allerdings ist dies immer noch kürzer als die in der EU vorgesehene Mindestdauer von fünf Jahren.⁷⁸ Auch wird der Lauf der Verjährung durch ein kartellbehördliches Verfahren nicht tangiert, was die Follow-on-Klagen erheblich schwächt. Zu befürworten ist deshalb – in Parallele zur Rechtslage in der EU⁷⁹ – die Einführung einer Regel, nach der das kartellbehördliche Verfahren die kartellzivilrechtliche Verjährung hemmt oder unterbricht. Das sollte gerade auch für die objektive Frist von zehn Jahren gelten, die sonst zu einem gefährlichen Stolperstein wird. Schliesslich sollten auch keine systemwidrigen Ansprüche an die Akteneinsicht bei der Kartellbehörde gestellt werden. Die Rechtskraft von Sanktionsverfügungen sollte keine Zugangsvoraussetzung sein.

Nach der geltenden Rechtslage kann nur dringend empfohlen werden, sich von mutmasslichen Kartelltätern einen Verjährungseinredeverzicht einzuholen. Dies mag in einer

⁷⁵ S. z.B. WEKO, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (s. Fn. 6); BVGer, Entscheid vom 23. August 2016, A-6320/2014 (BVGE 2016/22); WEKO, *Einsichtsgesuch i.S. Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, S. 723 (s. Fn. 72); WASER/SUTTER.

⁷⁶ BVGer, 23. Oktober 2018, A-592/2018 (nicht rechtskräftig).

⁷⁷ Vgl. hierzu Erwägungsgrund 36 a.E. EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie: Die Mitgliedstaaten dürfen allgemein anwendbare absolute Verjährungsfristen vorsehen. Diese dürfen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche aber nicht «praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren».

⁷⁸ Art. 10 Abs. 3 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

⁷⁹ Art. 10 Abs. 4 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

ständigen Geschäftsbeziehung einfacher sein als bei einmaligem Kontakt. Für beide Seiten ist es aber vorteilhaft, wenn eine Auseinandersetzung über Schadenersatzansprüche erst bei näherer Kenntnis der Sachlage erfolgt.

IV. Ausblick

Submissionskartelle schaden der Volkswirtschaft, verursachen den Vergabestellen unnötige Aufwände und belasten die Steuerzahler/innen. Die Wettbewerbsbehörden gehen hiergegen mit Kartellverfahren, Präventionsarbeiten und statistischen Instrumenten vor. Entsprechend wuchs die kartellrechtliche Praxis zu Submissionsabreden über die letzten rund zehn Jahre kontinuierlich an, und eine Reihe von Grundsatzfragen wurde entschieden. Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone tauschten sich mit den Wettbewerbsbehörden aus und gehen das Thema der Submissionsabreden zunehmend sensibilisierter an. Die statistischen Aufdeckungsmöglichkeiten ermöglichen es zudem, Kartelle aktiv aufzuspüren. Das weltweite Interesse am Screening-Tool der WEKO führt zur Weiterentwicklung und Verfeinerung des Instrumentariums, was wiederum die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Abreden fördert.

Die Praxis zum zivilrechtlichen Schadenersatz bei Kartellrechtsverstössen ist hingegen dürftig. Offenbar sorgen die Submissionskartelle aber für belebende Impulse. Bereits im Fall des Tessiner Strassenbelagkartells kam es zu einer aussergerichtlichen Einigung über die Zahlung von Schadenersatz. In den Aargauer, Zürcher und Graubündner Baukartellfällen machen die betroffenen Kantone und Gemeinden ebenfalls Schadenersatzansprüche geltend. Es ist bemerkenswert, dass das Kartellzivilrecht hauptsächlich von Körperschaften des öffentlichen Rechts vorangetrieben wird. Man könnte dies als «public private enforcement» bezeichnen, das auf der haushaltsrechtlichen Pflicht zum schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln und damit zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beruht.⁸⁰ Geschädigte Unternehmen sollten sich ein Beispiel hieran nehmen: Aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Art. 717 OR lässt sich beispielsweise für die Aktiengesellschaft ableiten, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen sind, wenn nicht mangelnde Erfolgsaussichten oder unverhältnismässiger Aufwand entgegenstehen. Allgemein erscheint ein Kulturwandel für die Belebung des Kartellzivilrechts erforderlich zu sein. Die Submissionskartelle könnten hier als Katalysator wirken, wie auch der Fall *Bauleistungen Graubünden* zeigt, in dem die WEKO erstmals Schadenersatzzahlungen als (teilweise) sanktionsmindernd ange-

⁸⁰ HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, § 23 Rn. 52.

rechnet hat, die während einer laufenden kartellrechtlichen Untersuchung Geschädigten verbindlich zugesagt wurden.⁸¹

Auch stellen sich an der Schnittstelle von Kartell- und Beschaffungsrecht – auch vor dem Hintergrund der Revision des Beschaffungsrechts – eine Reihe von wichtigen und ungeklärten Fragen, z.B. nach dem Schutz des Instituts der Selbstanzeige und der einvernehmlichen Regelung bzw. deren Berücksichtigung beim Aussprechen von beschaffungsrechtlichen Massnahmen wie z.B. Vergabesperren. Es wird von grundlegender Bedeutung sein, die Interaktion der verschiedenen Rechtsgebiete und Durchsetzungsmechanismen so zu gestalten, dass auch im Beschaffungswesen das Ziel der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs umfassende praktische Wirksamkeit erlangt.

Literaturverzeichnis

- ARNET Ruth, Art. 13, in: Zäch Roger u.a. (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018.
- BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) und KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), *Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis*, Bern 2004.
- BUNDESKARTELLAMT, *Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?*, 2015.
- BUNDESRAT, *Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde*, BBl 2012, 3905 (zit. BUNDESRAT, Botschaft KG-Revision 2012).
- EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV*, Brüssel 2013.
- FRANCK Jens-Uwe, Marktverhältnisse als Gegenstand vorvertraglicher Informationsordnung – Vom Recht, Kartellrechtsbrüche zu verschweigen, *AcP* 213, 222-265 (2013).
- FUCHS Andreas, Instrumente, Funktionen und Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, München 2019, § 1.
- GRÄTZ Silvia / STÜSSI Frank, Submissionsabreden erkennen und verhindern, *BR/DC*, 2, 2016, S. 86-88.
- HEINEMANN Andreas, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, München 2019, § 23.
- HEINEMANN Andreas, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Bern 2009.

⁸¹ WEKO, Entscheid vom 19. August 2019, *Bauleistungen Graubünden*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019 → Presserohstoff.

- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- IMHOF David, Mit Statistik gegen Kartelle, *Schweizer Monat* 1064 - März 2019.
- IMHOF David, *Empirical Methods for Detecting Bid-Rigging Cartels*, Bourgogne-Franche-Comté et Fribourg 2018.
- LONDON ECONOMICS, *The Nature and Impact of Hardcore Cartels, A Report to the Danish Competition Authority*, London 2011.
- LÖWENKAMP Kirsten Maiké / NUYS Marcel, Zu Grund und Grenzen pauschalierter Kartellschadensersatzklauseln, *NZKart*, 2017.
- OECD, *Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Report on Implementing the OECD Recommendation*, 2016.
- OECD, *Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)27, 2013.
- OECD, *Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2009.
- OECD, *Public Procurement, The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, 2008.
- OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, DAF/COMP, 7, 2002.
- PICHT Peter Georg / FREUND Benedikt, Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?, *Jusletter*, 18.6.2018.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Bern 2014.
- REYMOND Jean-Marc, Articles 12-15 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013.
- STOFFEL Walter A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Zäch (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996.
- STÜSSI Frank / LÜTHI Bendicht, Zulässige ARGE im Kartellrecht, *BR/DC*, 4, 2015, S. 205-207.
- VETTER Meinrad, Art. 12, in: Zäch Roger u.a. (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018.
- WASER Astrid / SUTTER Daniel, Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen, *Jusletter*, 13.3.2017.

The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands

Summary

To what extent should the courts consider third-party interests when adjudicating disputes relating to the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure? In the Netherlands this question is a hot topic.

This contribution starts with a general overview of Dutch public contract law, in which we examine to what extent the Dutch courts, when settling disputes in the context of different types of public contracts, should consider any third-party interests tied up with these contracts. After this overview we analyse how Dutch courts currently deal with third-party interests in the specific context of disputes concerning the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure. The case law available shows that the disputes in this context mainly relate to the interpretation of contracts, the implication of terms, unfair terms, change of circumstances, and the exercise of remedies in cases of non-performance of contracts. What courts apparently wish to avoid in this context when settling disputes is applying rules of contract law in such a way that the content of the contract becomes substantially different from that during the tendering procedure. Whether this approach is correct is open to debate, as public procurement law does not in principle make it impossible for a court to intervene in a contract.

Table of Contents

	Page
Introduction	662
I. Public contracts in general, settlement of disputes and third-party interests	664
A. Types of public contracts	664
B. The conclusion of public contracts and third parties: public procurement law	666
C. The execution of public contracts and third parties	667

* Associate Professor of Administrative Law, Centre for Public Contract Law & Governance, Vrije Universiteit Amsterdam. See: <http://cpc-vu.eu>.

** Professor of Private Law, Centre for Public Contract Law & Governance, Vrije Universiteit Amsterdam and Chairman of the Dutch Commission of Procurement Experts (CoPE). See: <http://cpc-vu.eu>.

*** Professor of Constitutional and Administrative Law, Centre for Public Contract Law & Governance, Vrije Universiteit Amsterdam. See: <http://cpc-vu.eu>.

1. Public contracts of a private nature	667
2. Implementation contracts	667
3. Public power contracts	668
II. Settlement of disputes regarding the execution of public contracts concluded following competitive tendering procedures and third-party interests	669
A. Introductory remarks	669
B. How Dutch courts deal with disputes at the contract execution stage	670
1. Interpretation of contracts	670
2. Implication of terms	671
3. Unfair terms	671
4. Change of circumstances	672
5. Remedies in the case of non-performance of contracts	672
Conclusions	673

Introduction

For the past few years, we have greatly enjoyed collaborating with Etienne Poltier on various projects in the Public Contracts in Legal Globalization network. One of those projects led to the book *Oversight and Challenges of Public Contracts*,¹ to which Poltier contributed an excellent article on legal protection in the context of public contracts under Swiss law.² One of the topics he discusses there is the settlement of disputes arising during the execution stage of a public contract. Under Swiss law – just as under Dutch law – such disputes are settled by the civil courts based on civil procedure and contract law.

In his article POLTIER notes that Swiss courts do this without reference to the fact that the issue is the execution of a public contract and that the contract has been awarded following a competitive tendering procedure, hence third-party interests could therefore also be involved in the dispute settlement. Consider, in particular, the interests of the company that was the second best tenderer on the award of the contract. From the point of view of the dispute relating to the execution of the contract that has arisen between the public body and the winning tenderer, the second tenderer is regarded as a third party, i.e. not a party to the contract. If that third party considers that its interests in the competitive

¹ L. FOLLIOT-LALLIOT / S. TORRICELLI (eds.), *Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts*, Brussels: Bruylant 2018.

² Etienne POLTIER, 'Le règlement des litiges liés aux contrats publics', in: Folliot-Lalliot/Torricelli (eds.), *Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts*, Brussels: Bruylant 2018, pp. 357-380.

tendering of the public contract are being harmed as a result of the dispute between the public body and the winning tenderer relating to the execution of the contract, it cannot turn to the civil courts.³ Our understanding of Swiss law is that in such cases the third party must turn to an administrative court to protect its interests, as it is the administrative courts that deal with breaches of the public-law obligations of public bodies in the context of public procurement.

This is no different in principle under Dutch law, with the proviso that the third party will have to turn to a civil rather than an administrative court to address any breach of public procurement law by a public body, as it is the civil courts in the Netherlands that adjudicate disputes relating to the *award* of public contracts as well as their *execution*.⁴ Nevertheless – and here Swiss and Dutch law converge again – a second best tenderer that considers that its interests in the award of the public contract are in some way tied up with the dispute between the public body and the winning tenderer as regards the execution stage cannot raise those interests in the civil procedure that has arisen between the public body and the winning tenderer. Instead, it will need to launch separate proceedings – i.e. in a civil court – to protect its interests. In practice, we see this happening mainly in cases where the second tenderer has become aware that there are problems with the execution of the public contract. Depending on how the public body and the winning tenderer attempt to resolve those execution problems between themselves, the second tenderer could take the view that with the resolution adopted the public body is improperly modifying the public contract and in that respect breaching one of the provisions of Article 72 of Directive 2014/24/EU.⁵

It cannot be taken for granted that a third party would take this route, as it would need to have sufficient knowledge of the actual execution of the public contract and how the parties involved in the contract are dealing with the disputes between them. In many cases, the third party will not have that knowledge. If a dispute of this kind is then brought before a court, the question is whether the court should concern itself with the interests of the third party and regard them as important when settling the dispute. We are

³ POLTIER 2018, p. 367: ‘Dans tous ces cas, le traitement des litiges relève de la compétence du juge civil ordinaire; celui-ci applique sans réserve les règles de la procédure civile ordinaire. Autrement dit, le fait qu’un contrat doive être considéré comme un marché public ne déploie aucune conséquence sur le droit matériel ou procédural applicable. En particulier, le tiers, non partie au contrat, notamment le soumissionnaire évincé, n’a pas légitimité à saisir le juge civil; peu importe que le contrat conclu diverge, dès l’origine ou par la suite, des prestations ayant fait l’objet de l’adjudication.’

⁴ For more detail on this topic see our contribution to the aforementioned project of the Public Contracts in Legal Globalization network: Frank VAN OMMEREN / Pim HUISMAN / Chris JANSEN, ‘Judicial and extra-judicial protection regarding public contracts in the Netherlands’, in: Folliot-Lalliot/Torricelli (eds.), *Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts*, Brussels: Bruylant 2018, pp. 173-197.

⁵ Implemented in Article 2.163a ff. of the Public Procurement Act (*Aanbestedingswet*) 2012.

seeing this question taking on increasing relevance in Dutch practice in the execution of public contracts. Our aim in this article is to show how Dutch courts deal with this question when adjudicating contractual disputes arising in the context of the execution of public contracts that have been awarded following a competitive tendering procedure. We analyse the case law in § II. The analysis is preceded in § I by a general discussion of Dutch public contract law, in which we examine to what extent the Dutch courts, when settling disputes in the context of public contracts in general, should consider any third-party interests tied up with the particular contract. We conclude the article with some conclusions (§ Conclusion).

I. Public contracts in general, settlement of disputes and third-party interests

A. Types of public contracts

In order to give a satisfactory answer to the question of the extent to which courts should take third-party interests into consideration when settling a contractual dispute, we first need to distinguish between the various types of public contracts found in the Netherlands.⁶

We define ‘public contract’ as a contract in which at least one of the parties is a public body. Within public contracts we identify four types:⁷

- Public contracts of a private nature (private government contracts)
- Public power contracts
- Implementation contracts
- Mixed contracts.

The distinguishing factor is the object of the contract that the public body is entering into, i.e. private law matters or the use of public powers.

In principle, a public body can enter into any contract that can be concluded by private parties. We refer to such cases as a *public contract of a private nature* or a *private gov-*

⁶ Most of this section has been taken from VAN OMMEREN/HUISMAN/JANSEN 2018, pp. 177-179 and p. 186.

⁷ For further reading on public contracts in the Netherlands see P.J. HUISMAN / F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, pp. 577 ff.

ernment contract: for example, the sale of goods (both procurement and sale by a public body), rentals, supply of services. Entering into public contracts of a private nature is regarded as one of the tools that public bodies have to enable them to function.

A *public power contract* is a contract under which a public body agrees how it will use one of its public powers in the future. There is scope for the public body to enter into a contract under that public power only if it allows the public body some discretion. Characteristic of this type of public contract is that it is concluded *before* the public power is actually exercised. Execution consists in the public body performing a unilateral public-law act. This will often be a decision within the meaning of Article 1:3 (1) of the General Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*, hereafter referred to as ‘GALA’). Public power contracts can be entered into, for example, relating to the granting of a subsidy or permit, the passing of a local plan or the imposition of a tax.

It is not uncommon in the Dutch legal literature for the concept of ‘public power contract’ to be interpreted broadly, in which case *implementation contracts* are also deemed to be public power contracts.⁸ Although a public power contract and an implementation contract are both related in some way to a decision within the meaning of Article 1:3 GALA, we regard them as two different types of contract, as the way in which they are related to the decision differs.⁹ A public power contract relates to the exercise of a public power in the future: as far as the public body is concerned its execution consists in taking a decision – for example, to renew a permit or grant a subsidy – in accordance with the agreement between the parties. The contract is concluded *before* this decision is taken. In the case of an implementation contract the relationship between the contract and the decision is different: *after* a decision – for example, to grant a permit or subsidy – has been taken, a contract can be concluded relating to the execution of that decision. Unlike a public power contract, this contract does not relate to the exercise of a public power in the future: for example, it could require the non-government party to act in accordance with conditions attached to the permit or the decision to grant the subsidy. A contract concluded to implement the decision to grant a subsidy is an example of an implementation contract.¹⁰ The contract could require the recipient of the subsidy to carry out the activities for which the subsidy has been granted.¹¹

A quick glance at legal systems outside the Netherlands in fact shows that the public power contract is not a familiar concept there. The existence of the public power contract as a legal concept is simply not recognized, or there is substantial doubt that entering into

⁸ M.W. SCHELTEMA / M. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, 3rd edn., Deventer: Kluwer 2013, p. 209.

⁹ Cf. HUISMAN/VAN OMMEREN 2019, pp. 583-584.

¹⁰ See Article 4:36 (1) GALA.

¹¹ See Article 4:36 (2) GALA.

a contract relating to the exercise of a public power in the future is possible in law (other than in the specific cases in which the law expressly permits this).¹² A concept more familiar in other countries, however, is a process that begins under public law and ends with a contract, i.e. with an implementation contract. This is presumably because the conclusion stage of many implementation contracts falls under the regime of public procurement law, which is generally a more familiar system.

The last type is *mixed contracts*. A mixed contract is a public contract that lays down stipulations of the kind found both in a public contract of a private nature and in a public power contract. An example is a contract under which a municipal authority agrees to exchange land and at the same time to support a change in the use of that land. The subject of the contract is partly the ownership of the land (it is a public contract of a private nature) and partly the public power to revise the local plan (it is a public power contract). We shall not return to the subject of mixed contracts explicitly; it goes without saying that the ensuing discussion also applies to stipulations in mixed contracts as found in either a public contract of a private nature or a public power contract.

B. The conclusion of public contracts and third parties: public procurement law

Dutch private law lays down standards for the conclusion of public contracts of a private nature and implementation contracts such that there is also a requirement to involve third parties in the conclusion of a contract in certain cases. Public contracts awarded following a competitive tendering procedure are governed by public procurement law, in particular, the Public Procurement Act (*Aanbestedingswet*) 2012. The principle in the Netherlands, unlike in other countries, is that disputes relating to the award of a public contract are brought before the civil courts. If the public body is under a statutory duty to apply a competitive tendering procedure when awarding a public contract, third-party interests enjoy special protection at the conclusion stage of the contract on that basis. It goes without saying that these are a particular type of third-party stakeholders, namely third parties who are in principle competitors. A hot topic in the Netherlands is whether the civil courts should take the interests of these third parties into consideration in the context of a dispute relating to the execution of the contract. This question is discussed separately in more detail in §3.

¹² See the national reports in: R. NOGUELLOU / U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Brussels: Bruylant 2010.

C. The execution of public contracts and third parties

1. Public contracts of a private nature

Disputes relating to the execution of public contracts of a private nature are brought before the civil courts. The open standards under private law, such as reasonableness and fairness, enable the civil courts to take the interests of third parties affected by the contract into consideration when settling disputes. The civil courts also check whether public contracts of a private nature are compatible with general principles of proper administration (see Article 3:14 of the Civil Code [*“Burgerlijk Wetboek”*]), and they can thus consider third-party interests.

An example is the case of *‘De negende van OMA’*.¹³ At issue here was whether the Municipality of Vlaardingen was required to execute a contract under which it would install an artwork or whether it was permitted not to do so in the interests of local residents. Considering third-party interests could be regarded as incompatible with the nature of contract law, as the interests of third parties (who are not party to the contract) does not in principle play a role in the execution of a contract. This differs from the public-law principle that a public body must take relevant interests of third parties into consideration and always consider those interests in its decisions – which is not to say, however, that third-party interests are always decisive (the substantive principle of due care: see Article 3:4 GALA). The grounds for the judgment in this case do not explicitly refer to general principles of proper administration in general or the substantive principle of due care in particular, but the interests of the third parties were considered to be substantial enough for the municipality not to be required to execute the contract. The Supreme Court based its considerations entirely on requirements of reasonableness and fairness, taking the third-party interests into account.

2. Implementation contracts

An implementation contract follows on from the exercise of a public power. Although action can be taken in an administrative court against the exercise of a public power in the form of a decision within the meaning of Article 1:3 GALA, anyone wishing to have a dispute relating to the execution of the implementation contract settled must turn to the civil courts. The position of third-party stakeholders is affected by the fact that an implementation contract is (by definition) preceded by the exercise of a public power. This

¹³ HR 20 May 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366 (*‘De negende van OMA’*). (HR is the abbreviation for *Hoge Raad* (Supreme Court).) There was recently a similar case at the Court of Appeal (*Gerechtshof*) in Amsterdam: *Gerechtshof Amsterdam* 30 January 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:238 (the *‘Westland Wells’* artwork).

can be seen, for example, in the case of a subsidy contract, where it cannot be ruled out that a third party will contest the decision to grant the subsidy in an administrative court, and if the action is successful it may not be possible to execute the implementation contract.

3. Public power contracts

Unlike in the case of the public contracts of a private nature and implementation contracts discussed above, the execution of public power contracts usually consists in taking a decision within the meaning of Article 1:3 (1) GALA, for example, passing the promised local plan or granting the promised permit. In these cases, the decision to execute the contract is one that can be appealed in an administrative court. The fact that the execution of the contract consists in taking a public-law decision, to which public-law standards apply, is reflected in the role played by third-party interests in the way administrative courts deal with disputes relating to execution. The interests of third parties (non-contracting parties) can be a key factor in these decisions. Third-party stakeholders (interested parties within the meaning of Article 1:2 GALA) in a decision are entitled to object to the decision, their interests must be taken into consideration and they can appeal the decision in an administrative court. Not taking account of these interests in a decision, or disregarding them, can result in the decision to execute the contract being quashed by the administrative court. *Legally*, the position of a third party is no different in relation to a decision to execute a public power contract than in relation to a decision where no public power contract has been concluded: if the third party is in a strong position in relation to a decision, that will remain the case. On the other hand, the third party's *actual* position may be substantially weakened, as the contracting parties, to the exclusion of the third party, have an agreement (a commitment!) that may make it more difficult for the third party to turn the situation around through its statutorily guaranteed position at the decision-making stage. There is in principle no statutory requirement to involve particular third parties at the conclusion stage of the contract and to inform them once the contract has been concluded.

The administrative courts do not decide whether the contract is valid; proceedings on this subject can be instituted in a civil court. Although – on paper – the position of third parties in decision-making may be weakened, under the current law it does not seem to be the case that third-party objections can result in a public power contract being declared void or quashed in a civil court.

II. Settlement of disputes regarding the execution of public contracts concluded following competitive tendering procedures and third-party interests

A. Introductory remarks¹⁴

How do Dutch courts deal with third-party interests when adjudicating contractual disputes relating to the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure?

As we saw above, this relates to public contracts of a private nature and implementation contracts.¹⁵ Disputes relating to the *execution* of such contracts – like disputes relating to competitive tendering – are brought before the civil courts in the Netherlands.¹⁶ When judging disputes concerning the execution of these contracts the civil courts will not treat these disputes any differently from those relating to contracts of a private nature that are concluded between private parties in general. The parties to the public contract have the same contractual obligations and can seek the same remedies as the private parties to an ordinary contract of a private nature, and the court will have to apply the same provisions of the Civil Code to resolve these disputes. Nevertheless, Article 3:14 CC imposes a duty upon public bodies, when using the instrument of a contract of a private-law nature, not to contravene general principles of proper administration. Moreover, the fact that a public body uses a contract of a private nature in order to exercise a public function will influence the nature, content and extent of its contractual obligations towards the private party. It is for the civil court to take these peculiarities into account when trying a case involving a public contract of a private-law nature, on the basis of the relevant provisions of contract law to be found in the Civil Code.

The peculiarities of a public contract concluded following a competitive tendering procedure are obvious, as third-party interests are expressly involved in the conclusion of the contract, namely those of the competitors of the tenderer to which the contract is ultimately awarded. During the tendering procedure, moreover, those interests enjoy extensive protection under public procurement law, namely the Dutch Public Procurement Act 2012, which implements the European Directives on public procurement.¹⁷

In the ensuing discussion, we shall show how Dutch courts currently deal with these peculiarities when applying the provisions of the Civil Code in the adjudication of con-

¹⁴ Part of this section is taken from VAN OMMEREN/HUISMAN/JANSEN 2018, p. 188.

¹⁵ See § I/B.

¹⁶ See § Introduction.

¹⁷ See in particular Directive 2014/24/EU.

tractual disputes relating to the execution of public contracts of this kind. The limited case law available to date shows that these disputes relate mainly to the interpretation of contracts, the implication of terms, unfair terms, change of circumstances, and the exercise of remedies in cases of non-performance of contracts.

B. How Dutch courts deal with disputes at the contract execution stage

1. Interpretation of contracts

A typical dispute that falls under this heading involves the case where a public body awards a public contract to the winning tenderer following a competitive tendering procedure. During the execution stage of the contract, a dispute may arise between the parties regarding the interpretation of an ambiguous term in the contract. In that case, the court will need to interpret that term.

In a normal situation, when interpreting an ambiguous term in a contract a court will need to consider not only the linguistic meaning of the term but also the meaning that both contracting parties might reasonably assign to it under the circumstances and what they could reasonably expect from each other in that respect.¹⁸ The result of applying this yardstick, however, is that the interpretation also takes the subjective intentions of the contracting parties into consideration. This can in turn, lead to a result different from that of basing the interpretation of the term on the objective meaning that all reasonably well informed and reasonably diligent tenderers would have assigned to it during the tendering procedure.¹⁹ At stake, then, are third-party interests that are protected by public procurement law. The Dutch courts are now aware of this and therefore, when interpreting public contracts concluded following a competitive tendering procedure, apply a more objective yardstick, disregarding the subjective intentions of the parties.²⁰

¹⁸ This rule of interpretation stems from the Dutch landmark case HR 13 March 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).

¹⁹ ECJ 18 October 2001, Case C-19/00 (SIAC Construction), *ECR* 2001, I-7725, paragraph 42; ECJ 4 December 2003, Case C-448/01 (Wienstrom), *ECR* 2003, I-14527, paragraph 57; ECJ 29 April 2004, Case C-496/99P (Succhi di Frutta), *ECR* 2004, I-3801, paragraph 111.

²⁰ See e.g. Gerechtshof Arnhem 15 June 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM8411; Gerechtshof Amsterdam 19 March 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 July 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7154. See on this topic also C.E.C. JANSEN, 'Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen', *TBR* 2011/41, pp. 200-211.

2. Implication of terms

Another type of dispute that has been dealt with by the courts involves the case where the parties have differing views on whether a particular duty is incumbent on one of them. The problem is that the contract does not explicitly provide for a term imposing such a duty on the relevant party. The dispute then focuses on the question of whether such a term is implied in the contract.

In such cases, the dispute can be brought before a court to ascertain whether the court envisages some way of adding to the contract based on law, usage (common practice) or standards of reasonableness and fairness.²¹ A number of judgments show that Dutch courts are reluctant to fill gaps in public contracts that have been concluded following a competitive tendering procedure. This reluctance would seem to be motivated by the fact that these courts consider that any such addition would substantially modify the contract, which would adversely affect the interests of the other tenderers.²²

3. Unfair terms

A common feature of public contracts concluded following a competitive tendering procedure is that the terms of the contract are specified by the public body. During the execution stage, the winning tenderer may be confronted with a term that – in the opinion of the tenderer – is unfair. The dispute will then focus on the question of whether the public body is allowed to invoke such a term.

In disputes such as these, the winning tenderer could ask the court to stop the public body from invoking the term of the contract, insofar as the application of that term would be unacceptable under standards of reasonableness and fairness, given the circumstances of the case.²³ Again, however, Dutch courts are reluctant to provide relief to the winning tenderer for the same reason that they are reluctant to fill a gap in the contract.²⁴ Judicial intervention in the contract, they believe, could amount to an unacceptable substantial modification of the contract,²⁵ which, given the interests of the other tenderers, would require a new competitive tendering procedure.

²¹ See Article 6:248(1) CC.

²² See for example District Court (*Rechtbank*) Gelderland 17 December 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171 at 4.8; *Rechtbank* Overijssel 8 December 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364 at 4.8; *Gerechtshof* Arnhem-Leeuwarden 10 July 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925 at 4.28.

²³ See Article 6:248(2) CC.

²⁴ See § 3.2.2.

²⁵ See for example *Gerechtshof* Arnhem 28 September 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN8784, at 9; *Rechtbank* Gelderland 17 December 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171 at 4.45; *Rechtbank* Rotter-

4. Change of circumstances

It occasionally happens that an exceptional change of circumstances occurs at the execution stage of a public contract. In such cases, the winning tenderer may argue that the performance of one or more duties incumbent on it has become onerous. This could then result in a dispute in the event that the public body holds the tenderer to its duty.

In a case of this kind the court, on application by the winning tenderer, could change the legal effects of the contract or dissolve the contract in whole or in part if there are unforeseen circumstances of such a nature that the public body, according to standards of reasonableness and fairness, cannot expect the contract to continue unchanged.²⁶ In this case too, however, courts have ruled that the principles and rules of public procurement law prevent the use of this statutory remedy, as it would result in an unacceptable substantial modification of the contract.²⁷ Here again, we see how third-party interests are taken into consideration when settling a dispute between the public body and the winning tenderer.

5. Remedies in the case of non-performance of contracts

The winning tenderer is obviously bound to perform its contractual duties in accordance with the terms of the public contract. There may be cases, however, where the public body is of the opinion that the tenderer is acting in breach of the contract. A dispute may then arise if the public body tries to invoke a remedy.

The civil courts have ruled that the power of the public body to exercise the remedy is limited by the provisions that it has itself laid down in the contract. If the contract stipulates, for example, that the winning tenderer is required to pay a penalty in the event of late performance, the public body will have to claim that penalty if this actually occurs; if it does not do so, it is alleviating the risk to the winning tenderer, and another tenderer could take the view that the public body is thus substantially modifying the contract, which will, therefore, need to be put out to competitive tender again.²⁸

dam 7 February 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 at 4.15-4.19; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 July 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6335 at 5.13. See also the advice of Advocate-General Keus at 2.12 for HR 6 April 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6696. See on this topic also S. MUTLUER, 'On-evenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW', *Contracteren* 2010, pp. 89-98.

²⁶ See Article 6:258(1) CC.

²⁷ See for example Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 July 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925 at 4.31; Rechtbank Rotterdam 7 February 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833 at 4.23-4.26.

²⁸ See Rechtbank Den Haag 16 June 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043 at 4.6, where the court in fact concluded that the contract did not place the risk of late performance on the winning tenderer in all circumstances.

The latter will also be the case if the winning tenderer delivers performance that is inferior to the contractually agreed performance and the public body – instead of availing itself of the remedies provided under the contract – agrees to the underperformance.²⁹

If the public body avails itself of the statutory option of rescission of the contract, the other party can normally enter the defence that the breach of contract does not warrant rescission.³⁰ A question as yet unanswered in the case law is to what extent there is still scope for that defence in a case where the contract was concluded following a competitive tendering procedure.³¹

Conclusions

Disputes relating to the execution of public contracts are usually the province of the civil courts in the Netherlands. When settling a dispute on the execution of a *public contract of a private nature* third-party interests may play a role in the considerations of a civil court not only in view of the open standards that abound in private law (reasonableness and fairness) but also in view of general principles of proper administration (the substantive principle of due care).

Two types of public contracts in the Netherlands are closely related to taking decisions within the meaning of Article 1:3 GALA. Disputes relating to the execution of an *implementation contract* are in principle the realm of the civil courts. The position of third-party stakeholders is determined by the fact that an implementation contract is preceded by the exercise of a public power. If an administrative court quashes the decision preceding the contract at the instigation of a third party, it may be impossible to execute the contract as a result. Third parties are protected in the execution of a *public power contract* by the administrative courts, which assess, based on public-law standards, whether

²⁹ See a number of successive cases relating to the same public contract in which the winning tenderer was unable to supply road salt that met the agreed quality standard: Rechtbank Den Haag 21 December 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465; Rechtbank Den Haag 25 April 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940; Rechtbank Den Haag 4 January 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:54.

³⁰ Article 6:265(1) CC: ‘Every failure of a party in the performance of one of its obligations gives the other party the right to set the contract aside in whole or in part, unless the failure does not justify this setting aside and the consequences thereof, given its special nature or minor importance.’

³¹ Unclear in this context is Rechtbank Den Haag 12 September 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933 at 4.6: ‘De aanbestedingsrechtelijke context van de opdracht – en het daardoor toepasselijke gelijkheidsbeginsel – maakt immers dat op een rigide wijze moet worden bezien of is voldaan aan de gestelde eisen.’ (The public procurement-law context of the contract – and the principle of equality that therefore applies – means that a strict examination must be carried out to see whether the requirements have been met.)

third-party interests have been taken into consideration sufficiently when taking the decision to execute the contract.

This contribution has paid particular attention to the extent to which Dutch courts should consider third-party interests when adjudicating disputes relating to the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure. Both public contracts of a private nature and implementation contracts can be concluded in this way.

Dutch courts take third-party interests into consideration when adjudicating contractual disputes relating to the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure. What courts apparently wish to avoid in this context when settling disputes is applying rules of contract law in such a way that the content of the contract becomes substantially different from that during the tendering procedure. Whether this approach is correct is open to debate, as public procurement law does not in principle make it impossible for a *court* to intervene in a contract. Aside from the fact that Article 72 of Directive 2014/24/EU is addressed to the *public body* that is considering substantially modifying the contract – i.e. not to the court – it is also the case that, by applying the rules of contract law discussed above, the court is not modifying the contract but merely establishing what the parties' obligations were, given the circumstances, based on objective law, at the time of the conclusion and execution of the contract.³²

In this article we have provided an outline of an area that is still developing, based on the limited case law available. The current situation already raises follow-up questions, as the foregoing makes clear. The last word has certainly not been said about the position of third parties in contractual disputes relating to the execution of public contracts awarded following a competitive tendering procedure, and further research is urgently needed.

³² Cf. C.E.C. JANSEN / S. PRENT, 'Aanvulling van overeenkomsten die na een Europese aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen', *JAAN* 2016/30, p. 151.

L'État en concurrence avec le secteur privé

Enjeux en matière d'égalité et de neutralité

Sommaire

Page

Introduction	675
I. L'égalité de traitement entre concurrents	676
A. Le rapport de concurrence	676
B. Les obligations à la charge de l'État	677
C. Des droits en faveur de l'État ?	679
II. La neutralité de l'État en matière de concurrence	681
A. La notion	681
B. Les activités de l'État en concurrence avec le secteur privé	682
C. L'interdiction du subventionnement croisé	684
D. L'interdiction d'autres distorsions de la concurrence	684
Conclusion	685
Bibliographie	686

Introduction

L'État assume un grand nombre de tâches dont certaines sont de nature économique comme l'a excellemment analysé le récipiendaire de ces Mélanges, notre collègue et ami Etienne POLTIER¹. De surcroît, il exerce d'autres activités économiques ne correspondant pas à des tâches étatiques. Dans l'un et l'autre cas, il est parfois en concurrence avec le secteur privé. Des prestations similaires et – pour utiliser une terminologie au cœur de la délimitation des marchés en droit de la concurrence – substituables sont ainsi fournies par une entité étatique et des entreprises privées.

Cette concurrence entre l'État et le secteur privé soulève un grand nombre d'enjeux politiques, économiques et juridiques. S'agissant de ces derniers, la discussion prend

* Professeur à l'Université de Lausanne.

¹ POLTIER, p. 196 ss.

aussi une dimension constitutionnelle en Suisse. D'une manière générale, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) accorde une place significative à l'économie².

Parmi ces enjeux constitutionnels, les exigences résultant de l'égalité de traitement entre concurrents (I) et du principe de neutralité de l'État en matière de concurrence (II) viennent notamment à l'esprit. Si l'État dispose d'une importante marge de manœuvre pour mener des activités économiques en concurrence avec le secteur privé, y compris lorsqu'aucune « défaillance du marché » n'est établie, il est néanmoins tenu de respecter, entre autres, les articles 27, 36 et 94 Cst.

I. L'égalité de traitement entre concurrents

A. Le rapport de concurrence

L'article 27 Cst. garantit l'égalité de traitement entre concurrents³. Il offre ainsi une protection renforcée par rapport à celle résultant de l'article 8 al. 1 Cst. Des différences de traitement entre concurrents économiques sont néanmoins admissibles si elles reposent sur une base légale adéquate et sont « réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi »⁴. Avec le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence, l'égalité de traitement remplit une fonction charnière parmi les dispositions de la Constitution fédérale se rapportant à l'économie⁵. Selon la jurisprudence, ce type d'égalité de traitement vise les concurrents directs, c'est-à-dire les « entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins »⁶. Ces quatre critères sont liés et doivent tous être réunis pour que l'article 27 Cst. s'applique. Ils ont été définis par le Tribunal fédéral et ne se trouvent dans aucune règle de droit en vigueur dans notre pays. Cette création jurisprudentielle ne se base par ailleurs sur aucune théorie économique établie.

² Voir spécialement art. 27 et 94-107 Cst.

³ Voir spécialement SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 28-43 et les références. Pour un rattachement à l'art. 94 Cst., voir DUBEY, *Droits* II, N 2833 (voir néanmoins N 2842, qui renvoie à l'art. 27 Cst.).

⁴ ATF 143 I 37, c. 8.2. Pour une approche différente, voir DUBEY, *Droits* II, N 2888 : « [...] l'égalité de traitement entre concurrents directs est soit respectée, soit violée, mais elle ne peut pas être limitée ».

⁵ ATF 143 II 425, c. 4.2 ; ATF 142 I 162, c. 3.2.1.

⁶ ATF 142 I 162, c. 3.7.2 ; ATF 141 V 557, c. 7.2 ; ATF 121 I 279, c. 4a, JdT 1997 I 264. Pour une présentation de la casuistique, voir Comm. Cst.-MAHON, art. 27 N 17 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 24.

Dans un souci de cohérence au sein de l'ordre juridique suisse, le Tribunal fédéral serait bien inspiré de se fonder sur le critère de *substituabilité*, largement répandu et admis en droit de la concurrence⁷. Ainsi, « le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés »⁸. Cette approche repose, économiquement, sur l'élasticité-prix croisée. Lorsque celle-ci est positive, elle signifie qu'une augmentation du prix d'un bien ou d'un service entraîne une augmentation de la demande d'un autre bien ou service. Les deux biens ou services sont, de ce point de vue, substituables. S'il n'appartient sans doute pas au Tribunal fédéral de procéder à une analyse économique pointue d'un marché, il ne saurait ignorer purement et simplement des études ou expertises montrant que deux biens ou services sont substituables. Du reste, la jurisprudence actuelle comporte un grand nombre de notions économiques complexes (« même branche économique », « même clientèle », « offre identique » et « mêmes besoins »), si bien qu'elle soulève plusieurs questions auxquelles il s'avère difficile de répondre pour peu qu'on les prenne au sérieux.

Cet élargissement de la notion paraît d'autant plus nécessaire lorsque la concurrence est faussée par l'État à son propre profit. Dans une telle hypothèse, le risque de conflits d'intérêts appelle en effet une protection judiciaire renforcée des entreprises du secteur privé en concurrence avec l'État. Au demeurant, rien n'empêche qu'une entreprise étatique serve de point de comparaison en vue d'établir une inégalité de traitement. Cette approche permet en somme de lutter contre des distorsions de la concurrence en se fondant sur un critère pertinent, celui de la substituabilité de produits ou de services, et de remédier à des inégalités de traitement préjudiciables à l'économie en Suisse. À cet égard, la Confédération et les cantons sont tenus, dans les limites de leurs compétences respectives, de veiller à « créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée » (art. 94 al. 3 Cst.).

B. Les obligations à la charge de l'État

L'égalité de traitement entre concurrents économiques entraîne surtout des obligations négatives pour l'État. Celui-ci doit veiller à ne pas désavantager, sans motif admissible, un concurrent par rapport à d'autres. Plus délicate est la question de savoir si cette forme

⁷ MARTENET, *Égalité*, p. 1096 ss ; HOFMANN, p. 95 s. ; SCHOTT, N 779 ; REICH, *Wirtschaftsfreiheit*, N 970 et les références ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 32. Semblant se diriger sur cette voie, BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 66. Comp. en outre RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 115 ss, N 138-146.

⁸ Art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

d'égalité comporte aussi des obligations positives⁹, consistant notamment à octroyer une autorisation ou même à allouer une aide financière. Selon les circonstances, elle fonde un droit à l'obtention d'une autorisation, par exemple, d'usage accru du domaine public. Ainsi, un cirque discriminé par rapport au cirque *Knje* peut se prévaloir de la liberté économique pour obtenir plus souvent une autorisation d'installer son chapiteau¹⁰. Il n'est pas exclu qu'une aide financière puisse être réclamée sur le fondement de l'article 27 Cst. Supposons que deux scieries connaissant les mêmes difficultés financières soient implantées dans un canton. Se fondant sur une base légale valable, ne conférant toutefois aucun droit à une subvention, le canton aide l'une d'elles seulement sans que son refus concernant la seconde ne soit valablement justifié. La scierie désavantagée pourrait, à notre sens, s'appuyer sur l'article constitutionnel précité¹¹ pour obtenir une aide similaire. Seule cette solution permet d'éliminer la distorsion de concurrence¹² et ne crée aucune insécurité en retirant une subvention attribuée auparavant et peut-être déjà utilisée.

L'égalité de traitement entre concurrents économiques n'est pas garantie de manière absolue¹³. Aussi des restrictions sont-elles admises et le Tribunal fédéral se réfère aux conditions de l'article 36 Cst.¹⁴. Cette approche est globalement convaincante, en particulier lorsque la différence de traitement en cause répond à un intérêt public. Les exigences quant à la justification d'une différence de traitement entre concurrents économiques sont en principe renforcées, en ce sens qu'elles sont examinées de manière plus stricte que dans les situations où seul l'article 8 al. 1 Cst. est applicable¹⁵. Dans certains domaines toutefois, comme celui de l'aménagement du territoire, des différences de traitement sont inhérentes au système juridique, si bien qu'une certaine retenue lors du contrôle judiciaire est admissible¹⁶.

Enfin, l'article 27 Cst. n'empêche pas d'imposer des obligations particulières à l'État lorsque celui-ci accomplit une activité économique en concurrence avec des entreprises

⁹ Pour une approche ouverte et nuancée sur ce point, voir RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 96 s., N 63-65.

¹⁰ ATF 121 I 279, c. 6, JdT 1997 I 264.

¹¹ D'un avis différent, GRISEL, N 392 : « L'article 27 n'oblige jamais la collectivité publique à verser des subventions. »

¹² Sur ce point, comp., dans une optique plus large, MÜLLER/SCHEFER, p. 1069.

¹³ Voir notamment MÜLLER/SCHEFER, p. 1057 s. ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 114, N 137 ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 34 ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 63 s. ; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, p. 395 ss, N 103 ss.

¹⁴ ATF 140 I 218, c. 6.3 ; voir aussi ATF 143 I 37, c. 8.2 ; ATF 141 V 557, c. 7.2. En doctrine, voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 34.

¹⁵ ATF 121 I 279, c. 6, JdT 1997 I 264. En doctrine, voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 31.

¹⁶ ATF 142 I 162, c. 3.7.2.

privées. En effet, il n'a pas pour fonction de protéger l'État¹⁷. Ainsi, l'interdiction du subventionnement croisé découle déjà de cet article lorsque l'égalité de traitement entre concurrents économiques est applicable. En revanche, lorsqu'une entreprise ayant un statut de droit public exerce une activité économique lucrative privée de manière autonome par rapport aux autorités étatiques et est titulaire de la liberté économique, elle est en principe placée sur un pied d'égalité pour ce qui concerne l'exercice d'activités économiques en concurrence avec le secteur privé¹⁸.

C. Des droits en faveur de l'État ?

L'État peut être moins bien traité que ses concurrents et n'est en principe pas titulaire de la liberté économique. Ainsi, les collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) ne sont pas légitimées à se prévaloir de ce droit fondamental, même si elles exercent une activité économique¹⁹. Cette solution vise en tout cas les situations dans lesquelles l'activité correspond à une tâche étatique. À titre d'illustration, une commune distribuant de l'eau n'est pas habilitée à invoquer l'article 27 Cst. en vue de contester une norme ou une décision cantonale lui imposant des restrictions à cet égard. Lorsqu'une activité économique ne constitue pas une telle tâche, il n'est pas complètement exclu qu'une commune invoque accessoirement la liberté économique en lien avec la violation de la garantie de l'autonomie communale²⁰. Qu'en est-il d'un gouvernement cantonal qui gère le patrimoine financier du canton et fait face à une exigence émanant d'une loi cantonale ou d'un acte fédéral, qu'il juge non valable, imprécise ou contraire au principe de proportionnalité ? Est-il habilité à invoquer la liberté économique à l'encontre du parlement cantonal ou d'une autorité fédérale ? Une réponse positive²¹, quoique soutenable au regard du texte de la Constitution fédérale, revient quelque peu à dénaturer les droits fondamentaux entendus comme des droits des personnes²². Dans ces litiges inter-

¹⁷ Voir BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 25a.

¹⁸ Voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6.

¹⁹ Comm. Cst.-MAHON, art. 27 N 6 ; GRISEL, N 427 s. ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 54 ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 32, qui s'interroge néanmoins sur l'évolution de la jurisprudence ; MARTENET, *État*, p. 223 ss. D'un avis partiellement différent, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 943, qui estiment que les collectivités publiques peuvent se prévaloir de la liberté économique lorsqu'elles « exercent une activité lucrative comme n'importe quel particulier » ; DUBEY, *Droits II*, N 2789, qui soutient la même position. D. HOFMANN semble également partager ce point de vue (p. 32 s.).

²⁰ Sur la possibilité pour les communes d'invoquer un droit fondamental en lien avec la violation de la garantie de l'autonomie communale, voir notamment ATF 131 I 91, c. 3.4., JdT 2006 I 507. En doctrine, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 943.

²¹ Voir DUBEY, *Droits II*, N 2790.

²² Voir, par analogie, art. 1 et 34 CEDH et le deuxième paragraphe du préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se

pouvoirs ou inter-niveaux, il nous semble plus satisfaisant d'examiner cette problématique à l'aune des articles 3 et 5 Cst. La jurisprudence devrait alors permettre à ce canton d'invoquer une violation des « principes de l'activité de l'État régi par le droit » dans le cadre d'un conflit de compétence l'opposant à la Confédération et faisant l'objet d'une action devant le Tribunal fédéral (art. 120 LTF).

Les personnes morales de droit public sont titulaires de la liberté économique si elles agissent comme des particuliers et jouissent, dans leur action, d'une autonomie par rapport à l'État²³. *Swisscom SA*, société anonyme de droit public²⁴, se trouve dans cette situation à notre avis²⁵. Lorsque de telles entreprises accomplissent une tâche étatique, elles font cependant face à la réserve que nous venons de voir.

Enfin, les personnes morales de droit privé dont l'État est actionnaire majoritaire ou minoritaire sont en principe titulaires de la liberté économique si elles n'exercent aucune tâche étatique au sens de l'article 35 al. 2 Cst.²⁶. Il en va, par exemple, ainsi d'une société anonyme dont le capital-actions serait majoritairement détenu par une ou plusieurs collectivités publiques. Cet actionariat ne suffit pas à les priver du bénéfice de cette liberté à l'encontre de mesures qui ne respectent pas les conditions de l'article 36 Cst. Il appartient toutefois à l'État de se poser la question de l'opportunité et même de la constitutionnalité de sa participation à une entreprise régie par le droit privé et n'assumant aucune tâche étatique. En revanche, une entreprise intégralement détenue par des collectivités publiques et ne bénéficiant d'aucune autonomie par rapport à celles-ci dans le

fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. » En Allemagne, voir notamment MICHAEL/MORLOK, N 460 et les références : *« Aber auch dann, wenn ein Hoheitsträger fiskalisch handelt bzw. staatlichen Eingriffen ausgesetzt ist und dabei Rechtspositionen wie ein Privater – z. B. Eigentum – geltend macht, liegt allein deshalb noch keine grundrechtsspezifische Gefährdungslage vor. [...] Es gilt also der Grundsatz, dass Grundrechtsträgerschaft sich nicht funktional, sondern personal bestimmt »* ; SACHS, p. 106 s.

²³ Comp. 142 II 369, c. 6.3.1, qui note que cette position est minoritaire, passe en revue les différents avis défendus en doctrine, mais ne tranche pas cette question. Pour une approche nuancée, voir également SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 54 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 21.

²⁴ Art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (RS 784.11).

²⁵ Cette question est laissée ouverte par le Tribunal fédéral (voir spécialement ATF 131 II 13, c. 6.4.1). D'un avis différent, HÄNNI/STÖCKLI, N 1861. S'agissant des liens entre Swisscom SA et la Confédération, voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 24 ss.

²⁶ Voir MARTENET, *Entreprises*, p. 145 et les références. En Allemagne, voir notamment GG Komm.-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 96 s.

cadre de ses activités est assimilable à l'État, si bien qu'elle ne peut en principe se prévaloir de la liberté économique²⁷.

II. La neutralité de l'État en matière de concurrence

A. La notion

La neutralité de l'État en matière de concurrence est devenue un principe fondamental de l'ordre économique, même si elle n'est pas expressément mentionnée dans la Constitution fédérale. Elle fait, en quelque sorte, la jonction entre le principe de la liberté économique et celui d'égalité²⁸. Elle empêche l'État, sans justification objective valable, de favoriser un ou certains concurrents au détriment d'autres et, plus globalement, de fausser la concurrence. Aussi n'est-elle pas garantie de manière absolue²⁹.

La neutralité de l'État en matière de concurrence représente, au niveau des principes, le pendant de l'égalité de traitement entre concurrents économiques³⁰. Seule la seconde est toutefois érigée en droit fondamental. La première ne confère, à elle seule, aucun droit individuel invocable en justice. Dans cette optique, sa place se trouve bel et bien à l'article 94 Cst. Elle oriente de manière générale l'activité de l'État, si bien que son application ne dépend pas de l'existence d'un rapport de concurrence directe, contrairement à ce qui résulte de la jurisprudence relative à l'article 27 Cst. Il sied d'ajouter que le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence s'applique de manière générale, même si les entreprises négativement affectées par une mesure sont publiques et ne sont, par hypothèse, pas titulaires de la liberté économique³¹.

Dans une perspective plus large encore, l'État doit s'abstenir de fausser la concurrence³², y compris en empêchant ou en rendant excessivement difficile l'entrée de nouveaux acteurs économiques sur un marché. Aussi la neutralité de l'État en matière de concurrence vise-t-elle la concurrence non seulement actuelle, mais aussi potentielle. Toutes les

²⁷ Dans le même sens, HÄNNI/STÖCKLI, N 1855 s. et 1861.

²⁸ Voir, dans une optique générale, MARTENET, *Égalité*, p. 553 ss, spécialement 595-597.

²⁹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996 (ci-après « Message Cst. »), FF 1997 I 1, 298 s.

³⁰ Voir ATF 143 II 425, c. 4.2, qui fait le lien entre les art. 27 et 94 Cst. ; ATF 142 I 162, c. 3.7.2 ; ATF 142 I 99, c. 2.4.2, JdT 2016 I 120.

³¹ ABEGG/FREI, p. 297 et les références.

³² Message Cst., FF 1997 I 298 ; BO CE 1998 240 (Arnold Koller, conseiller fédéral) : « *Staatliche Massnahmen dürfen den Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen nicht verzerren oder verunmöglichen.* » En doctrine, voir notamment Comm. Cst.-AUBERT, art. 94 N 15 ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 N 5.

autorités étatiques sont concernées et, vraisemblablement, aussi des personnes physiques ou morales de droit privé délégataires d'une tâche étatique (art. 35 al. 2 Cst. par analogie).

Enfin, une certaine subsidiarité de l'État quant aux activités économiques, en tant que principe d'orientation seulement³³, se déduit aussi du principe de la liberté économique³⁴. Il appartient avant tout au « secteur de l'économie privée » (art. 94 al. 2 et 3 Cst.) d'exercer de telles activités, sauf s'il s'agit, pour l'État, de remédier aux inefficiences du système économique, c'est-à-dire aux défaillances de marché³⁵, ou de poursuivre des objectifs socialement ou économiquement plus ciblés que ceux qui résulteraient du marché³⁶. La subsidiarité résultant de l'article 94 Cst. diffère de celle qui fait l'objet des articles 5a et 43a al. 1 Cst., lesquels répondent essentiellement à des considérations fédéralistes³⁷. Par ailleurs, la subsidiarité dont il est question ici est dépourvue de tranchant. En effet, lorsque l'État exerce, lui-même ou par le biais d'une entreprise étatique, une activité en concurrence avec le secteur privé, sans bénéficier de droits particuliers, il ne constitue aux yeux du Tribunal fédéral qu'un concurrent supplémentaire, de sorte que la liberté économique n'est en principe même pas restreinte³⁸.

B. Les activités de l'État en concurrence avec le secteur privé

La neutralité de l'État n'empêche pas celui-ci d'accomplir des activités en concurrence avec le secteur privé, selon un arrêt de principe du Tribunal fédéral³⁹. La Confédération, les cantons et les communes sont concernés par cette jurisprudence. Aussi doivent-ils respecter les limites qui en découlent et, plus largement, inscrire leurs activités économiques dans le cadre formé par la Constitution fédérale et l'ensemble du droit applicable.

³³ Comp. ATF 138 I 378, c. 8.4 et les références, JdT 2014 I 3 : « En définitive, le principe de subsidiarité ainsi proposé est davantage un modèle de politique économique qu'une règle juridique susceptible d'un contrôle judiciaire [...] »

³⁴ Voir spécialement VALLENDER/HETTICH/LEHNE, p. 191 ss, N 179-184. Dans un sens voisin, voir GRISEL, N 219-221, qui met l'accent sur l'art. 27 Cst. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 910 : « Exprimée en des termes positifs, cette fonction institutionnelle signifie que l'économie repose principalement sur l'initiative privée et l'autonomie des particuliers » ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 98 : « *Demnach ist Wirtschaften grundsätzlich Sache der Privaten* » ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 N 4 ; comp. en outre BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 N 2 et les références, qui met en exergue le principe de « *Staatsfreiheit der Wirtschaft* ».

³⁵ Sur les différentes catégories de défaillances de marché, voir, pour une synthèse, TIROLE, p. 210 ss.

³⁶ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 3. En doctrine, voir HANGARTNER, N 9 *in fine*.

³⁷ ATF 138 I 378, c. 8.4, JdT 2014 I 3, à propos de l'art. 5a Cst.

³⁸ ATF 138 I 378, c. 6.2, JdT 2014 I 3.

³⁹ ATF 138 I 378, c. 6-9, JdT 2014 I 3.

Le Tribunal fédéral semble mettre l'accent sur l'obligation faite à l'État de ne pas évincer l'offre privée⁴⁰. Il découle des articles 27 et 94 Cst., les deux interagissant⁴¹, une obligation pour l'État de prendre toutes les mesures permettant d'éviter une distorsion de la concurrence lorsqu'il accomplit une activité en concurrence avec le secteur privé⁴². Pour le surplus, une activité économique de l'État est compatible avec le principe de la liberté économique au sens de l'article 94 Cst., voire avec la liberté économique elle-même, si elle se fonde sur une base légale suffisante, répond à un intérêt public, respecte les principes de la proportionnalité et de la neutralité concurrentielle⁴³. Il sied de se montrer exigeant quant au respect de ces conditions, notamment pour que cette participation de l'État à la concurrence soit suffisamment encadrée et légitimée sur le plan démocratique⁴⁴.

Dans une optique plus générale, le fait qu'une collectivité publique fournisse elle-même des prestations en concurrence avec le secteur privé ne l'exempte pas de l'obligation de respecter les droits fondamentaux⁴⁵. De ce point de vue, elle peut faire face à des contraintes supplémentaires par rapport à ses concurrents privés⁴⁶, ce que le Tribunal fédéral omet de prendre en compte lorsqu'il parle de conditions égales offertes à l'État par rapport à ces derniers⁴⁷. L'approche suivie par notre haute cour est en revanche pertinente lorsqu'une entreprise ayant un statut de droit public est titulaire des droits fondamentaux, notamment parce qu'elle agit comme un particulier et exerce une activité économique lucrative privée de manière autonome par rapport aux autorités étatiques.

⁴⁰ ATF 138 I 378, c. 6.2, JdT 2014 I 3.

⁴¹ ATF 138 I 378, c. 6.1, JdT 2014 I 3.

⁴² Voir REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1411 s. ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 N 13 ; comp. en outre SCHOTT, N 732.

⁴³ ATF 138 I 378 consid. 6.3-9.7 ss, JdT 2014 I 3.

⁴⁴ Voir BIAGGINI, *GlernerSach*, p. 671 ss, LIENHARD, p. 816 ss et HETTICH, p. 1469 ss ; voir en outre KRAEMER/STÖCKLI, p. 37 s. et 45.

⁴⁵ HÄNNI/STÖCKLI, N 1850-1860 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 6a : « *Staat bleibt Staat* » ; MARTENET, *État*, p. 226 ss. En Allemagne, voir notamment BVerfGE 128, 226 (244) ; GG Komm.-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 95 ; SACHS, p. 71 ; MICHAEL/MORLOK, N 471 : « *Weil es nur konstituierte Staatlichkeit gibt, ist schliesslich auch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates grundrechtsgebunden* » (caractères gras omis). Pour une approche quelque peu nuancée, voir BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 35 et les références : « *Es bleibt immerhin abzuwarten, ob nicht Fälle zu beurteilen sein werden, in denen die vollständige Grundrechtsentlassung im Wettbewerbsbereich zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Dabei ist zu beachten, dass eine Grundrechtsverpflichtung in diesem Bereich nicht deckungsgleich mit der sonstigen Bindung des Staates sein muss und das staatliche Wirtschaftshandeln durch die Grundrechtsbindung möglicherweise nur wenig beeinträchtigt wird.* » D'un avis différent, DUBEY, *Droits I*, N 313-317.

⁴⁶ MARTENET, *État*, p. 226 ss ; voire en outre BIAGGINI, *GlernerSach*, p. 674, N 4 *in fine*.

⁴⁷ Voir ATF 138 I 378, c. 6.3.2 et 8.4, JdT 2014 I 3.

C. L'interdiction du subventionnement croisé

Le Tribunal fédéral proscrit spécialement, dans une importante mais insuffisante mesure, le subventionnement croisé entre l'activité de monopole et l'activité soumise à concurrence⁴⁸, s'il est pratiqué « de manière systématique »⁴⁹. Cette dernière adjonction est malencontreuse et incompatible avec les articles 27 et 94 Cst. pris conjointement⁵⁰. Il convient encore d'observer que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux marchés publics, lorsqu'un soumissionnaire est étatique, interdit aussi le subventionnement croisé⁵¹.

Si l'établissement de comptabilités séparées entre l'une et l'autre est censé permettre de vérifier le respect de cette interdiction, il ne suffit pas pour autant. En effet, une marge de manœuvre et donc un risque existent généralement quant à la répartition de certains coûts entre ces deux activités – les salaires de certains employés non affectés spécifiquement et exclusivement à une seule d'entre elles, par exemple. Un audit annuel portant sur le respect de cette prohibition, réalisé par un cabinet d'audit indépendant et réputé, devrait être produit. On pourrait imaginer que l'organe de révision de l'entité concernée se charge de cette tâche.

D. L'interdiction d'autres distorsions de la concurrence

Indépendamment de la problématique du subventionnement croisé, un risque plus général de distorsion de la concurrence existe lorsque l'État ou l'entité en cause dispose *de iure* ou *de facto* d'une relation particulière avec ses clients en lien avec ses activités de puissance publique ou monopolistiques. Tout doit être entrepris pour éviter d'en tirer un avantage concurrentiel. Une relation privilégiée avec des clients « captifs » ne saurait, par exemple, être utilisée et dévoyée en vue d'en tirer un avantage concurrentiel indu⁵². De plus, une obligation de transparence est mise à la charge de l'État ou de l'entité en cause⁵³. À titre d'illustration, lorsqu'une entité étatique notifie des décisions aux admi-

⁴⁸ Voir ATF 143 II 425, c. 4.3 et les références ; ATF 138 I 378, c. 9, JdT 2014 I 3. Sur ce point, voir spécialement CONSEIL FÉDÉRAL, p. 20 s.

⁴⁹ ATF 138 I 378, c. 9, JdT 2014 I 3.

⁵⁰ Comp. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 17a, qui se montre sceptique. Également critique, REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1411 s.

⁵¹ ATF 143 II 425 consid. 4.3 p. 431 s. et les références.

⁵² Voir notamment STOFFEL/MURITH, p. 44 ss.

⁵³ Sur ce point, voir, dans une optique générale, OCDE, p. 28 : « Les entreprises publiques doivent observer des normes rigoureuses en matière de transparence et être soumises aux mêmes normes exigeantes de comptabilité, d'information, de conformité et de vérification des comptes que les sociétés cotées. »

nistrés, elle ne saurait, en règle générale, en profiter pour proposer à ces derniers des services qui se trouvent en concurrence avec le secteur privé, à moins de présenter simultanément et équitablement les offres concurrentes émanant de celui-ci. Une distorsion peut aussi résulter du fait qu'une entreprise publique consent des rabais globaux basés sur les prestations en monopole et en concurrence fournies à un client. Du reste, une mesure factuelle peut porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents garantie par l'article 27 Cst.⁵⁴.

Le Tribunal fédéral n'exige pas la création d'entités juridiques distinctes, l'une accomplissant l'activité monopolistique ou liée à la puissance publique et l'autre les activités en concurrence avec le secteur privé. Cette approche est discutable eu égard à l'exigence de transparence. En effet, l'existence d'entités juridiques distinctes réduit le risque de confusion ou d'interactions problématiques entre les deux activités, susceptibles d'engendrer une distorsion de la concurrence⁵⁵.

Enfin, l'existence d'une garantie de l'État en faveur d'une entreprise n'est admissible que si les conditions de l'article 5, voire celles de l'article 36 Cst., appliquées strictement, sont respectées. Postuler une interdiction d'une garantie de l'État⁵⁶, même en la limitant aux situations dans lesquelles celle-ci n'est pas compensée⁵⁷, est douteux dans la mesure où une garantie étatique implicite est presque inévitable lorsqu'une entreprise est détenue par l'État. Or, dans un tel cas, il est extrêmement difficile de déterminer en quoi consiste une rémunération appropriée de la garantie et, dans une perspective plus générale, d'en définir les contours⁵⁸.

Conclusion

La Constitution fédérale ménage à la Confédération et aux cantons une marge de manœuvre significative en vue d'exercer des activités économiques en concurrence avec le secteur privé. Pourtant, les risques de distorsions de la concurrence, se traduisant notamment par des avantages en faveur d'une entreprise ou autre entité étatique, ne sauraient être négligés dans une telle hypothèse. Les dispositions de droit matériel de la loi sur les cartels ne visent en principe pas ce genre de situations, à moins que celles-ci donnent lieu à des abus de position dominante. La loi sur le marché intérieur, quant à

⁵⁴ ATF 138 I 378, c. 6.2.2 et les références, JdT 2014 I 3.

⁵⁵ Voir également REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1412 ; STOFFEL/MURITH, p. 46.

⁵⁶ SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6.

⁵⁷ BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 67.

⁵⁸ Comp. HETTICH/KOLMAR, p. 289 s.

elle, offre avant tout une protection lorsque les avantages restreignent la liberté d'accès au marché.

La marge de manœuvre des collectivités publiques n'est pas pour autant illimitée, puisqu'elle doit être exercée dans le respect de l'égalité de traitement entre concurrents économiques et du principe de neutralité de l'État en matière de concurrence, tous deux déduits de la Constitution fédérale par le Tribunal fédéral. Face aux risques de distorsions de la concurrence en cas d'activité de l'État en concurrence avec le secteur privé et compte tenu du fait que le contrôle résultant du droit ordinaire est fort limité en la matière, il se justifie de donner à ces exigences constitutionnelles un sens permettant d'encadrer de manière plus effective les activités économiques étatiques. Concrètement, l'application de l'égalité de traitement entre concurrents économiques doit reposer sur le critère de substituabilité entre différents produits ou services. De surcroît, le Tribunal fédéral doit compléter et affiner sa jurisprudence afin de prohiber d'autres formes de distorsions de la concurrence que celle que vise l'interdiction du subventionnement croisé.

Enfin, toute attitude fermée de la part de la Suisse à l'endroit du contrôle des aides d'État est malvenue. D'une part, de telles aides sont nombreuses en Suisse et engendrent des distorsions de la concurrence. D'autre part, la conclusion d'autres accords bilatéraux avec l'Union européenne et l'actualisation des accords existants impliquent vraisemblablement des concessions, notamment dans ce domaine. En écartant cette pierre d'achoppement de la voie bilatérale, la Suisse ferait en somme d'une pierre deux coups.

Bibliographie

- ABEGG Andreas / FREI Marco, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, *recht* 2017, p. 290 ss.
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (Comm. Cst.-AUTEUR).
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3^e éd., Berne 2013.
- BIAGGINI Giovanni, Note sur l'ATF 138 I 378, *ZBl* 2012, p. 671 ss (*GlarnerSach*).
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017 (Komm. BV).
- CONSEIL FÉDÉRAL, État et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels, rapport du 8.12.2017.
- DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux*, 2 vol., Bâle 2018 (*Droits I/II*).

- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., St-Gall/Zurich 2014 (*SG Komm. BV-AUTEUR*).
- GRISEL Etienne, *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006.
- HANGARTNER Yvo, Note sur l'ATF 138 I 378, *PJA* 2012, p. 1819 ss.
- HÄNNI Peter / STÖCKLI Andreas, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 2013.
- HETTICH Peter, Note sur l'ATF 138 I 378, *PJA* 2012, p. 1469 ss.
- HETTICH Peter / KOLMAR Martin, « Wettbewerbsverzerrung » und « Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit » aus interdisziplinärer Sicht, *ZBl* 2018, p. 275 ss.
- HOFMANN DAVID, *La liberté économique suisse face au droit européen*, Berne 2005.
- KIENER Regina / KÄLIN Walter / WYTENBACH Judith, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018.
- KRAEMER Raphael / STÖCKLI Andreas, *Grenzenlose Staatswirtschaft ?, recht* 2013, p. 28 ss.
- LIENHARD Andreas, Note sur l'ATF 138 I 378, *RJB* 2013, p. 816 ss.
- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève, Paris et Bruxelles 2003 (*Égalité*).
- MARTENET Vincent, Les droits fondamentaux dans les entreprises privatisées, *Annuaire 2008 de l'Association suisse de droit public de l'organisation*, Berne 2009, p. 125 ss (*Entreprises*).
- MARTENET Vincent, L'État en tant que destinataire des droits fondamentaux, in : Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (édit.), *Mélanges en l'honneur de Thierry Tanquerel*, Genève/Zurich 2019, <p. 221 ss (*État*).
- MAUNZ Theodor / DÜRIG Günter (fond.), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich dès 1958 (*GG Komm.-AUTEUR*).
- MICHAEL Lothar / MORLOK Martin, *Grundrechte*, 7^e éd., Baden-Baden 2020.
- MÜLLER Jörg Paul / SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., Berne 2008.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, éd. 2015.
- POLTIER Etienne, Délégation d'activités économiques de l'État, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 193 ss.
- REICH Johannes, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich/Saint-Gall 2011 (*Wirtschaftsfreiheit*).
- REICH Johannes, Gebäudeversicherung und « negativ nachgeführte » Bundesverfassung, *PJA* 2013, p. 1399 ss (*Gebäudeversicherung*).
- RHINOW René / SCHMID Gerhard / BIAGGINI Giovanni / UHLMANN Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Bâle 2011.
- SACHS Michael, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, 3^e éd., Berlin/Heidelberg 2017.
- SCHOTT Markus, *Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, Zurich/Saint-Gall 2010.
- STOFFEL Walter A. / MURITH Simon, Entreprises publiques et droit de la concurrence, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), *Droit de la procédure, activité économique de l'État et cartels fondés sur des algorithmes*, Berne 2019, p. 35 ss.

TIROLE Jean, *Économie du bien commun*, Paris 2016.

VALLENDER Klaus A. / HETTICH Peter / LEHNE Jens, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^e éd., Berne 2007.

WALDMANN Bernhard / BELSER Eva Maria / EPINEY Astrid (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015 (*BS Komm. BV-AUTEUR*).

L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat

Sommaire	Page
Introduction	689
I. L'existence du contrat soumis au droit des marchés publics	690
A. Les solutions du droit privé	690
B. L'offre et l'acceptation dans le contexte des marchés publics	691
II. La validité du contrat soumis au droit des marchés publics	693
Conclusion	694
Bibliographie	695

Introduction

Il est fréquent que, pour accomplir une tâche publique, l'État (ou une personne privée à laquelle l'État a confié cette tâche)¹ cherche à se procurer contre rémunération un bien ou un service auprès d'une personne privée en passant avec elle un contrat nommé ou innommé (p. ex. un contrat de vente, de bail, d'entreprise ou de mandat, ou encore un leasing, cf. art. 5 LMP ; art. 8 nLMP)². Cas échéant, la formation de ce contrat synallagmatique relève du droit privé (art. 1 ss CO)³, mais s'opère dans le cadre posé par le droit des marchés publics⁴. L'État doit alors en substance procéder à une soumission, en suivant des règles de droit public sur la procédure et les critères d'adjudication (art. 8 ss LMP)⁵, afin d'assurer la transparence de la phase précontractuelle, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1

* Professeure à l'Université de Lausanne

¹ ATF 144 II 184, c. 2.4 ; ATF 135 II 49, c. 5.2.2.

² ATF 144 II 187, c. 2.5 ; ATF 141 II 113 c. 1.2.2 ; ATF 135 II 49 c. 4.3.1.

³ ATF 129 I 410 c. 3.4 ; ATF 134 II 297 c. 4 ; FF 2016, p. 112 ; POLTIER, NN 458 et 460.

⁴ On se référera ci-après à la LMP, applicable aux marchés publics concernant la Confédération, étant entendu que cantons et communes doivent suivre des règles analogues, vu l'art. 5 LMI et l'AIMP, cf. ATF 141 II 113 c. 3 ; ATF 144 II 184, c. 2.1.

⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1065 ss.

LMP)⁶. S'il traite avec un fournisseur privé de biens ou de services en violation de ces règles, la sanction du droit public est limitée, puisque l'État devra tout au plus verser aux concurrents de ce fournisseur une indemnité couvrant leurs frais de soumission et de recours (art. 34 LMP ; art. 58 al. 4 nLMP). C'est pourquoi il est admis que, pour assurer l'effectivité du droit des marchés publics, le comportement de l'État contraire aux règles de ce droit mérite une sanction en droit privé⁷, censé former un tout cohérent avec le droit public et contribuer autant que possible à la réalisation de ses objectifs ce qu'indique par exemple l'art. 19 al. 2 CO. Il s'agit en particulier de se demander en quoi la violation des règles des marchés publics a une incidence sur l'existence ou la validité du contrat. C'est cette question, qui renvoie aux rapports entre droit public et droit matériel des contrats, que l'on entend aborder dans la présente contribution⁸.

I. L'existence du contrat soumis au droit des marchés publics

A. Les solutions du droit privé

Selon l'art. 1 CO, un contrat existe dès qu'il est conclu, soit dès que les parties se sont échangées des manifestations de volontés réciproques et concordantes ; comme l'indique l'art. 2 al. 1 CO, il suffit pour cela que les parties s'entendent sur les éléments objectivement essentiels du contrat⁹. L'offre constitue la première de ces manifestations de volontés (art. 3 ss CO) ; conformément à l'art. 2 al. 1 CO, elle doit décrire au moins tous les éléments objectivement essentiels du contrat proposé, de façon à ce que son destinataire puisse décider sans autres s'il l'accepte ou la refuse. Il y a donc en principe acceptation lorsque le destinataire de l'offre signifie à son auteur (dans les délais des art. 3 à 5 CO) qu'il est d'accord de s'engager avec lui dans un contrat contenant tous les points essentiels décrits dans l'offre¹⁰.

En cas de doute sur le sens à donner à une déclaration, en particulier pour savoir si elle constitue une offre ou une acceptation, le droit privé commande de procéder à son interprétation subjective selon l'art. 18 CO et subsidiairement d'appliquer le principe de la

⁶ ATF 125 I 209 c. 6b ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1067 ; POLTIER, N 11 et 58.

⁷ Cf. not. BEYELER, N 2633 ; CLERC, p. 809 ss ; POLTIER, N 488 ss.

⁸ La question de savoir si et comment l'inexistence ou l'invalidité du contrat peut être constatée par le juge administratif saisi d'un recours fondé sur l'art. 32 al. 2 LMP (cf. aussi art. 58 al. 2 nLMP) ou s'il appartient au juge civil de la trancher (cf. FF 2016, p. 141) ne sera donc pas développée ci-après.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 286 et 330 ss ; CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 77 ss.

¹⁰ ATF 2C_711/2018 c. 3.3.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 357, 378 et 435 ; CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 80 et 97.

confiance¹¹. Si cette démarche ne donne pas de résultat clair, il est possible de s'en remettre à des règles complémentaires d'interprétation, comme par exemple la maxime *in dubio contra stipulatorem*¹².

B. L'offre et l'acceptation dans le contexte des marchés publics

Pour établir son adjudication, l'État doit évaluer la prestation caractéristique (cf. art. 8 nLMP) et les prix présentés dans les propositions reçues des soumissionnaires, en principe à la suite de son appel d'offres (cf. art 13 et 18 LMP), afin de retenir celle qui est économiquement la plus avantageuse (art. 21 al.1 LMP). Il se prononce donc nécessairement sur des propositions qui décrivent les points objectivement essentiels du contrat en cause (p. ex. la chose vendue et son prix, cf. art. 184 CO) et constituent à ce titre des offres au sens des art. 3 ss CO¹³.

Pour préserver les intérêts des soumissionnaires évincés, le droit des marchés publics interdit toutefois à l'État de contracter avant l'échéance du délai de recours contre l'adjudication, voire la fin de l'effet suspensif accordé à un tel recours (période de *standstill*)¹⁴. Il en résulte que l'adjudication ne peut jamais constituer une acceptation, même si elle en a le contenu puisque l'État s'y exprime favorablement sur les éléments essentiels de l'offre retenue (art. 21 LMP)¹⁵. Il s'agit uniquement d'une décision administrative, qui autorise l'État à contracter avec le soumissionnaire retenu au terme d'un certain délai¹⁶.

Cela conduit à retenir que, contrairement à ce qui est parfois affirmé¹⁷, le droit des marchés publics modifie bel et bien le droit des contrats : il ne change certes rien aux conditions de l'art. 1 CO ; en revanche, en interdisant de considérer l'adjudication comme une acceptation, il pose *une règle spéciale d'interprétation d'une déclaration de volonté*, qui l'emporte sur l'art. 18 CO et le principe de la confiance, et s'applique jusqu'à la fin du

¹¹ CR CO I- MORIN, Art. 1 CO, N 20 s., 95 et 111.

¹² ATF 144 III 93 ; ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231 s. ; CR CO I- MORIN, N 113.

¹³ ATF 141 II 14, c. 10.3, où le TF s'écarte de la solution trop restrictive défendue à l'ATF 135 II 297 c. 4.2 ; BEYELER, N 1710 ss ; LOCHER, p. 43 ; POLTIER, N 356 et 475.

¹⁴ POLTIER, N 469 s.

¹⁵ POLTIER, N 357 et 472. C'est la raison pour laquelle, avant l'entrée en vigueur de la LMP, les privatistes considéraient que l'adjudication valait comme telle acceptation de contracter, cf. ZUFFEREY, p. 157.

¹⁶ ATF 129 I 410 c. 3.4 ; GAUCH, N 461a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1067b.

¹⁷ BEYELER, N 2431.

standstill. Par conséquent, une réponse positive de l'État à l'offre du bénéficiaire ne peut jamais valoir comme acceptation si elle intervient avant cette échéance.

Par ailleurs, si on ne veut pas vider de sa substance l'interdiction de contracter pendant le *standstill*, il faut retenir *a fortiori* que la déclaration que l'État adresse à un soumissionnaire en l'absence d'adjudication formelle ne peut jamais se comprendre comme une manifestation de volonté de contracter, quel que soit son contenu, même si elle s'interprète éventuellement en droit public comme une adjudication *de facto*, afin de protéger les intérêts juridictionnels des concurrents du soumissionnaire¹⁸. Par absence d'adjudication formelle, il faut entendre non seulement le cas où aucune adjudication au sens de l'art. 21 LMP n'a été publiée, mais aussi celui où les parties cherchent à conclure un contrat dont le contenu s'écarte largement de celui visé dans une adjudication en soi licite¹⁹.

Dans toutes ces hypothèses, le contrat ne peut donc tout simplement pas exister, si bien qu'il n'y pas lieu de s'interroger sur une éventuelle représentation sans pouvoirs²⁰, ou sur un cas de nullité²¹, car ces questions ne se posent que si, au préalable, un contrat a été conclu (cf. art. 20 et 32 al. 1 CO). Si l'État a tout de même échangé des prestations avec un fournisseur privé de biens ou de services, il y aura lieu à restitution selon les art. 641 CC ou 62 ss CO²². En revanche, une éventuelle responsabilité pour *culpa in contrahendo* de l'État est difficilement envisageable ; en effet, comme l'interdiction de contracter est prévue dans la loi, le fournisseur ne pourra en principe pas établir qu'il s'est légitimement fié (art. 3 al. 2 CC) à l'existence d'un contrat²³.

En définitive, la réponse positive de l'État à l'offre du soumissionnaire ne peut avoir un effet en droit des contrats qu'au terme du délai de recours contre l'adjudication (ou à la fin de l'effet suspensif) : comme l'indique clairement l'art. 22 LPM, le contrat peut désormais être conclu. Une réponse positive de l'État à l'offre du soumissionnaire (telle que retenue dans l'adjudication) vaudra alors acceptation et entrainera la conclusion du

¹⁸ Cf. POLTIER, N 485 ; LOCHER, p. 61 ; voir aussi FF 2016, p. 141.

¹⁹ CLERC, p. 813 ; POLTIER, N484 ; le raisonnement rejoint ici celui fait en droit de la représentation, où l'acte que le représentant accomplit en dépassant ses pouvoirs s'assimile à un cas de représentation sans pouvoirs, cf. not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1443.

²⁰ Cf. ABEGG, p. 169 s.

²¹ C'est ainsi p. ex. que CLERC, p. 812 ss, évoque un cas d'illicéité au sens de l'art. 20 CO, tandis que GAUCH, N 509, retient plutôt une inefficacité *sui generis* (art. 1 al. 2 CC).

²² L'art. 66 CO ne s'appliquera qu'à propos de ce que le fournisseur a éventuellement versé à un agent de l'état pour obtenir le marché malgré l'interdiction de contracter (p. ex. en violation de ce qui a été prévu dans l'adjudication), ATF 134 III 436 c. 2.4.

²³ Cf. CR CO I-MORIN, Art. 1 CO N 142. Pour les mêmes raisons, le fournisseur de biens ou de services ne devrait pas non plus pouvoir se prévaloir d'une éventuelle « relation contractuelle de fait » (cf. art. 320 al. 2 CO p. an.).

contrat si elle intervient dès l'échéance de ce délai (art. 5 CO). Si elle intervient plus tard, elle constituera plutôt une contre-offre, que le soumissionnaire devra accepter à son tour pour qu'il y ait contrat²⁴. L'État peut néanmoins aussi renoncer à donner suite à l'offre du soumissionnaire, car l'adjudication ne lui donne qu'une autorisation et non une obligation de contracter²⁵. Suivant les cas, il pourrait alors engager sa responsabilité pour *culpa in contrahendo* vis-à-vis du soumissionnaire, par exemple pour rupture tardive des pourparlers²⁶.

II. La validité du contrat soumis au droit des marchés publics

Comme tout contrat, le contrat conclu à l'échéance du *standstill* ne produit ses effets que s'il est valide²⁷. La question de sa validité de ce contrat se pose avant tout lorsque la nullité absolue de l'adjudication (p. ex. pour cause de non publication d'un appel d'offre ou d'utilisation injustifiée d'une procédure de gré à gré)²⁸ est constatée par jugement, à la suite d'un recours déposé pendant le *standstill* et admis après la conclusion du contrat (cf. art. 32 al. 2 LMP)²⁹.

Selon Evelyne CLERC, un tel contrat est alors absolument nul pour illicéité au sens de l'art. 20 al. 1 CO³⁰. Quoique largement critiquée³¹, cette solution mérite attention. En effet, l'art. 20 al. 1 CO ne concerne plus aujourd'hui les seuls vices affectant le contenu du contrat. Ainsi, selon les art. 8 et 9 LCD, les conditions générales sont illicites et partant nulles au sens de l'art. 20 al. 1 CO si leur utilisateur a abusé de sa position de puissance vis-à-vis d'un consommateur, pour lui imposer des clauses qui dérogent largement en sa défaveur aux règles du droit dispositif. Il s'agit ici de sanctionner le comportement déloyal d'une seule des parties dans la formation du contrat, parce que le droit privé a pour objectif fondamental de garantir que le contrat représente le résultat de l'exercice conjoint de la liberté contractuelle de chaque partie³².

²⁴ ATF 134 II 297 c. 4.3.1.

²⁵ ATF 129 I 410 c. 3. 4.

²⁶ CR CO I-MORIN, Art. 1 CO N 137 ; voir aussi BEYELER, N 2858.

²⁷ CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 33.

²⁸ CLERC, p. 811 ; POLTIER, N 488.

²⁹ Sur la question différente des rapports entre révocation de l'adjudication et vices du consentement, cf. POLTIER, N 499.

³⁰ CLERC, p. 811.

³¹ Voir notamment ABEGG, p. 169 ; GAUCH, N 509 ; LOCHER, p. 107 s. ; POLTIER, N 488.

³² MORIN, p. 161 et 165 ss et les références citées.

Certes, à la différence de l'utilisateur des conditions générales, l'État qui conclut un contrat sur la base d'une adjudication violant gravement les règles des marchés publics adopte un comportement déloyal qui ne lèse pas les intérêts de son cocontractant, mais ceux des autres soumissionnaires, privés de la possibilité de déposer une offre. Ce comportement est toutefois contraire au but du droit des marchés publics, qui vise précisément à assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires afin de protéger leur liberté économique (art. 27 et 35 al. 2 Cst). Par conséquent, il n'est pas choquant de faire primer la protection des intérêts des soumissionnaires évincés sur celle des intérêts des parties au contrat conclu sur la base d'une adjudication illicite, et de retenir sa nullité au sens de l'art. 20 CO. Les intérêts du cocontractant de l'État pourront au demeurant équitablement être pris en compte : s'il a conclu et exécuté de bonne foi tout ou partie du contrat invalide, cette nullité ne devrait produire qu'un effet *ex nunc*, à compter de la décision sur recours, dans la mesure où ce contrat est de durée (art. 320 al. 3 CO par analogie)³³. Il faudra en outre réserver la responsabilité pour *culpa in contrahendo* de l'État à son égard, qui peut être tenu de réparer le gain manqué par la conclusion du contrat vicié³⁴ et pourrait même être amené en cas de faute grave à lui verser *ex aequo et bono* des dommages-intérêts positifs (art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO par analogie)³⁵.

Conclusion

Le droit des marchés publics influence aussi bien l'existence que la validité du contrat :

- D'une part, en interdisant de considérer l'adjudication comme une acceptation, il pose une règle spéciale d'interprétation d'une manifestation de volonté, avec pour conséquence que le contrat ne peut pas être conclu avant la fin du *standstill*. Dans la mesure où cette interdiction ressort de la loi, le fournisseur privé avec lequel l'État aurait quand même traité ne pourra alors pas invoquer sa bonne foi pour réclamer une indemnité *pour culpa in contrahendo*.
- D'autre part, lorsque le contrat conclu après le *standstill* repose sur une adjudication absolument illicite, il faut prononcer la nullité du contrat au sens de l'art. 20 al. 1 CO, car la protection des intérêts des soumissionnaires évincés qui forme le but du droit des marchés publics a pour but de protéger l'emporte alors sur celle des intérêts des parties au contrat. S'il est de bonne foi, le soumissionnaire qui a conclu ce

³³ ATF 129 III 320, c. 7.1.2. ; ATF 132 III 242 c. 4.2.

³⁴ KUONEN, N 1853 ss ; dans la mesure où la nullité du contrat n'a qu'un effet *ex nunc*, les dommages-intérêts négatifs devraient toutefois se calculer conformément à l'art. 404 al. 2 CO par analogie.

³⁵ CR CO I- MORIN, Art. 1 CO N 139.

contrat pourra néanmoins invoquer l'art. 320 al. 3 CO par analogie et demander des dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo*.

Tout cela illustre la superposition entre droit public et droit privé dans un ordre juridique censé former un tout cohérent.

Bibliographie

- ABEGG Andreas, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- EVELYNE Clerc, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, *PJA* 1997, p. 804 ss.
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Genève/Bâle/Zurich 2019.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- LOCHER Thomas, *Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht*, Berne 2013.
- MORIN Ariane, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012, Art. 1 CO (cité : CR CO I-MORIN).
- MORIN Ariane, L'impact de l'art. 8 LCD sur le contrat de leasing, *RDS* 2019 I, p. 159 ss.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, Le contrat à l'épreuve du droit des marchés publics, in : Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier-Lachat, (édit.) *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004 p. 155 ss.

Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse

Sommaire

	Page
Résumé	697
Introduction	698
A. La nouvelle jeunesse du transport par autocar	698
B. Le débat politique	699
III. Le transport de voyageurs par autocar à longue distance	699
A. Le marché intérieur	700
1. Un monopole d'État	700
2. Le régime de concessions	701
a) Les conditions d'octroi de la concession	701
b) Les obligations de droit public	704
B. Le transport international	705
1. Le régime des accords bilatéraux	706
2. Les États tiers	706
3. L'autorisation	706
Conclusion	707
Bibliographie	708

Résumé

Le présent article analyse succinctement le cadre juridique régissant le transport de personnes par autocar pour de longues distances en Suisse, *Fernbuslinien* en allemand, dont le développement a été très remarqué sur le continent européen dans le courant des années 2010. Les pays voisins de la Suisse ont connu des vagues de libéralisation dans le domaine, non sans impact sur l'offre de service dans notre pays. La Suisse, elle, dispose

* Avocat à Sion, Docteur en droit.

d'une législation particulière pour l'offre interne, soumise à concession, et pour l'offre internationale, sujette à autorisation selon les accords internationaux.

Introduction

A. La nouvelle jeunesse du transport par autocar

Le 21 octobre 2009, le Parlement et le Conseil européens ont adopté la directive N° 1073/2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocar et autobus. Cette mise à jour de la législation antérieure avait pour but d'offrir un cadre cohérent au développement du transport par autocar et autobus dans l'ensemble de la communauté.

Si les années 2000 ont été marquées par la multiplication des offres de compagnies aériennes à bas coût, ou *low cost*, le tournant des années 2010 fut celui de la popularisation de quelques grandes compagnies d'autocar offrant des services aux tarifs très concurrentiels et présentant un bilan écologique plus attractif que le trafic aérien¹. Le transport public routier n'est pas nouveau. Les lignes *Greyhound*, fondées en 1914, constituent un des symboles historiques du transport sur le continent nord-américain au XX^e siècle. En Europe aussi, des sociétés comme *Eurolines* proposent depuis plusieurs décennies des voyages entre les capitales, à prix réduits mais impliquant des temps de trajet particulièrement importants en comparaison avec les lignes aériennes ou ferroviaires. Depuis plusieurs décennies, le transport par autocar international est très prisé, en Suisse aussi, notamment pour des lignes à destination des Balkans, du Portugal ou de l'Espagne, notamment pour pallier la faiblesse des autres offres de transport public².

Le transport par autocar à longue distance peut être défini comme un service de transport routier, offert au public contre rémunération, qui s'étend sur une certaine distance, en principe d'une ville à l'autre, voire d'un pays à l'autre, selon un horaire régulier.

Suite à la libéralisation du transport par autocar dans l'Union européenne pour les trajets internationaux, plusieurs acteurs privés ou publics ont proposé des prestations de transport sur tout le continent, profitant des opportunités de la digitalisation pour une fixation dynamique des tarifs et même, comme c'est le cas de la société *Flixbus*, pour constituer un réseau continental en sous-traitant l'entier du service³. La performance de ce transporteur est à l'image du secteur. À l'échelle européenne, 40 millions de passagers ont voya-

¹ CONSEIL FÉDÉRAL, rapport du 18 octobre 2017. p. 25.

² *Ibid.*, p. 12.

³ Site internet : <https://fr.flixbus.ch/entreprise/a-propos>, consulté le 6 février 2019.

gé avec lui en 2017, contre seulement 30 millions l'année précédente, dont 1,2 millions en Suisse⁴.

B. Le débat politique

Le développement d'une nouvelle offre de transport public ne passe pas inaperçu en Europe. Dans un marché dominé par le train, les propositions de libéralisation ont provoqué de vives réactions. En France, c'est le président de la République Emmanuel Macron, alors ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, dans le gouvernement Valls II, qui fait adopter la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁵, dite « loi Macron ». Cette nouvelle législation ouvre le transport de personnes par autocar.

En Suisse, plusieurs interventions parlementaires se sont opposées quant à l'opportunité de libéraliser, de réglementer ou d'interdire ce « nouveau » mode de transport⁶. Au final, aucun changement substantiel de la législation n'a été adopté. Le transport par autocar à longue distance est ainsi régi par des dispositions légales adoptées avant le développement des nouvelles sociétés popularisées par la numérisation.

III. Le transport de voyageurs par autocar à longue distance

Le 14 février 2014, le peuple et les cantons acceptaient le projet « financement et aménagement de l'infrastructure ferroviaire (FAIF) » aux termes duquel la constitution se voyait complétée de l'art. 81a qui dispose que « *la Confédération et les cantons encouragent dans toutes les régions du pays les transports publics sur le rail, la route et les eaux ainsi que le transfert du trafic des marchandises de la route au rail.* » Cet article qui fait référence au transport public sur la route, introduit une obligation pour la Confédération de prendre des mesures en faveur du transport public⁷. Cette question faisait naturellement déjà l'objet de politiques publiques.

⁴ « Gros succès de Flixbus en Suisse », *La Tribune de Genève* du 10 janvier 2018.

⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques publiée au journal officiel JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13 537.

⁶ Objets du Parlement fédéral 10.3095, 13.3607, 14.3673, 15.4173, 17.4247.

⁷ UHLMANN, N 19 ss ad art. 81a Cst.

A. Le marché intérieur

1. Un monopole d'État

Le transport de personnes ne constitue pas une branche économique libre exempte de règles, loin s'en faut. La régie du transport de voyageurs (art. 1 LTV) constitue une forme de monopole en mains de la Confédération qui est seule autorisée à exercer ou à déléguer l'exercice du transport régulier et professionnel de personnes (art. 4 LTV), par des concessions ou par des autorisations. Ce monopole du transport de personnes découle de la régie postale de l'art. 92 Cst. Si la Poste est souvent en charge d'exploiter les lignes d'autocar en Suisse, cette compétence peut être déléguée par une concession à d'autres sociétés, par exemple pour permettre le transport par autocar à longue distances en Suisse⁸.

La constitution ne distingue pas explicitement le transport privé du transport public. Celui-ci englobe les services qui répondent à un intérêt public ; en principe, il est organisé selon un planning, tenu à une obligation d'exploiter et à celle de respecter des tarifs⁹. Depuis 1921, la Confédération est compétente pour réglementer le trafic routier, ce qui inclut la souveraineté sur l'ensemble des routes¹⁰.

Seul le transport *régulier* et *professionnel* de personnes est soumis à la régie du transport (art. 1 al. 2 LTV). Le transport est présumé *régulier* dès lors qu'il est effectué plus de deux fois entre les mêmes lieux à des intervalles de quinze jours au plus (art. 2 al. 1 let. a LTV). Pour être considéré comme *professionnel*, le transport doit être assuré contre rémunération, ou offert comme un avantage commercial (art. 2 al. 2 let. b. LTV).

Au contraire des transports par autocar sur mandat ponctuel, le transport par autocar à longue distance répond aux critères de la régie du transport public prévu dans la LTV et doit, pour être exercé en Suisse, faire l'objet d'une délégation de tâche publique, sous la forme d'une concession¹¹, conformément à l'art. 6 LTV. La Confédération considère que le régime de concession permet de surveiller le développement d'un transport économiquement performant ou de garantir le respect des conditions salariales en vigueur dans la branche¹².

⁸ HÄNER, p. 241 ; UHLMANN/HINDERLING, p. 83.

⁹ GRIFFEL, p. 16.

¹⁰ *Ibid.*, N 31, p. 25.

¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 18 octobre 2017, p. 4.

¹² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 18 octobre 2017, p. 33 s.

2. Le régime de concessions

a) Les conditions d'octroi de la concession

La concession est obligatoire pour les liaisons régulières entre des points de départ et d'arrivée déterminés, les voyageurs étant embarqués et déposés aux arrêts fixés dans l'horaire (service de ligne), avec fonction de desserte (art. 6 let. a OTV), disposition qui s'applique au transport à longue distance pour l'OFT¹³.

Par décision du 19 février 2019, l'Office fédéral des transports a délivré à la société Domo Swiss Express AG une concession pour exploiter trois lignes de bus à longue distance, à compter du 23 mars 2018, jusqu'au 20 décembre 2020, entre St-Gall et Genève, Coire et Sion et Zurich Aéroport et Lugano¹⁴. Cette concession est la première délivrée en Suisse pour l'exploitation de lignes à grande distance entre des agglomérations de premier plan, au sens des libéralisations récentes connues en Europe¹⁵. La concession du 19 février 2018 est un ballon d'essai pour un mode de transport relativement nouveau, mis à jour avec les modifications subséquentes de la concession du 28 juin et 4 décembre 2018¹⁶.

Pour être autorisée, la ligne concessionnée doit pouvoir être fournie de manière **appropriée et économique** (art. 9 al. 2 let. b LTV). Elle ne doit pas être contraire à des intérêts essentiels de **l'aménagement du territoire** et de la **protection de l'environnement** (art. 11 al. 1 let. a OTV).

Les conditions relatives à la rentabilité de la ligne sont évaluées par l'OFT. Dans le cas analysé (lignes Swiss Domo Express), l'autorité a requis l'exploitation d'une ligne de test durant quelques mois pour évaluer l'ampleur concrète de la demande¹⁷. L'OFT s'est par ailleurs appuyé sur des études étrangères et sur les expériences connues dans l'UE pour évaluer le potentiel économique du projet¹⁸. Au stade actuel, l'OFT a constaté que la demande était plus faible qu'attendue et que la rentabilité des lignes n'était pas démontrée¹⁹.

S'agissant des lignes d'autocar à longue distance, on peine à trouver des situations dans lesquelles les conditions relatives à l'aménagement du territoire ou à la protection de

¹³ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 32.

¹⁴ OFT, Décision du 19 février 2018.

¹⁵ Il existait déjà quelques lignes de transport concessionnées en Suisse, notamment entre Coire et Bellinzone, entre Lucerne et Altdorf ou entre Bremgarten AG et Zurich Enge ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 18 octobre 2017, p. 34.

¹⁶ OFT, Décisions du 19 février, 28 juin et 4 décembre 2018.

¹⁷ OFT, Décision du 4 décembre 2018, p. 10.

¹⁸ OFT, Décision du 19 février, 2018, p. 34.

¹⁹ OFT, Décision du 15 février 2019 p. 13.

l'environnement ne seraient pas remplies. Les sociétés requérantes sont en général déjà au bénéfice d'une autorisation d'offrir des services de transport privé. Dès lors que les véhicules en question circulent librement dans le trafic privé et sur les mêmes routes, une concession n'aggrave en pratique pas la charge sur les infrastructures et sur l'environnement de manière significative, dans une proportion propre à contredire les conditions susmentionnées.

La ligne concessionnée ne doit pas créer de **concurrence préjudiciable** à l'égard d'autres offres de transport public. Cette question est apparemment plus problématique que la précédente et a fait l'objet des débats les plus nourris aux Chambres fédérales à l'occasion des interventions parlementaires sur le sujet²⁰. Lors du traitement de la loi fédérale sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire (OBI), les Chambres ont complété l'art. 9 LTV pour préciser que les offres concessionnées devaient compléter le transport grande ligne et celui qui est financé par les moyens publics, soit le trafic régional²¹. L'objectif de la proposition visait expressément une réduction de la concurrence que les autocars à longue distance pourraient créer, notamment en ne proposant de service que pour des lignes déjà rentables qui assurent aujourd'hui l'équilibre financier des compagnies de transport public²². S'agissant du trafic régional, l'OFT constate que le transport par autocar à longue distance n'offre pas un produit qui pourrait se substituer aux offres locales ; une concurrence, de ce point de vue-là, ne se présente pas²³. De même, l'office estime que les lignes d'autocar à longue distance, limitées dans leur quantité par la procédure de concession, ne sauraient concurrencer sérieusement le trafic ferroviaire grande ligne. En effet, les très grandes capacités des trains ne sont pas comparables aux places offertes relativement limitées dans quelques autobus²⁴.

À l'inverse, l'autorité fédérale a considéré que la limitation de la concurrence imposée par la loi excluait l'exploitation de deux concessions de transport par autocars à longue distance sur le même tronçon²⁵. La régulation de la concurrence s'applique dès lors aussi aux lignes par autocar à longue distance et les premières compagnies concessionnées bénéficient ainsi d'un avantage sur des acteurs proposant ultérieurement leurs services²⁶. La limitation de la concurrence entre deux sociétés de transport par car paraît ainsi la conséquence la plus concrète de l'art. 9 al. 2 let. b LTV.

²⁰ BO 2017 E 929, Hêche Claude.

²¹ FF 2018 6097.

²² BO 2018 S 266, 273, Janiak Claude.

²³ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 35.

²⁴ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 34.

²⁵ OFT, Keine wirtschaftliche Basis für zwei Fernbus-Anbieter auf denselben Strecken, Communiqué de presse du 15 février 2019.

²⁶ OFT, Décision du 15 février 2019, p. 13.

Conformément à l'art. 9 al. 1 LTV et art. 11 al. 1 let. c OTV, l'entreprise requérante doit disposer des autorisations nécessaires pour emprunter les **voies de communications et les stations**.

S'agissant des haltes de stationnement, des solutions peuvent être trouvées avec des acteurs privés, les dispositions du droit fédéral n'exigeant pas que les arrêts soient réalisés sur le domaine public. De telles solutions doivent néanmoins garantir la sécurité des voyageurs²⁷. L'art. 42 OTV fixe un certain nombre d'exigences s'agissant des arrêts. Cette disposition qui prend sa place dans le chapitre du transport international, ne s'applique toutefois pas aux lignes d'autocar internes²⁸, ce qui est très critiquable du point de vue de la coordination des transports publics. Les cantons qui ont été consultés ont même majoritairement refusé de laisser des entreprises privées concessionnées faire usage des haltes de transport public existantes²⁹. Cette approche préfigure un certain chaos et, précisément, une absence de coordination efficace des transports publics.

L'usage du domaine public est commun (ou normal) lorsqu'il « *peut être simultanément exercé par un grand nombre de personnes : se déplacer à pied, à vélo, à moto, en voiture, entretenir une conversation, se promener, nager, se rafraîchir à une fontaine*³⁰ ». Contrairement aux trolleybus ou aux trains, l'exploitation d'autocar n'implique pas une utilisation du domaine public qui diffère fondamentalement de celle des véhicules individuels ; à ce titre, il doit être qualifié de « commun ». Il ne requiert dès lors pas d'autorisation particulière à ce titre. Par ailleurs, l'utilisation des routes publiques, conformément à l'art. 82 Cst., est exempte de taxe. Cette disposition constitutionnelle implique encore que l'utilisation normale des routes nationales est libre, principe important pour le transport de voyageurs par la route³¹.

L'entreprise doit prouver qu'elle respecte les **conditions de travail** et de salaire usuelles dans la branche (art. 9 al. 2 let. c LTV). Cette disposition est un peu particulière, dès lors qu'elle exige du requérant qu'il respecte la loi. Les chauffeurs d'autocar sont soumis à l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1) qui règlement le temps de travail, les périodes de repos, les pauses, etc. Concrètement, si l'OFT ne peut que difficilement préjuger du respect futur des conditions légales de travail, l'analyse des horaires planifiés des lignes d'autocar permet de vérifier si les durées de travail et les temps de repos seront respectés³². Par

²⁷ OFT, Décision du 19 février, p. 33.

²⁸ L'art. 37 al. 2 OTV précise à ce titre que « *présent chapitre s'applique exclusivement aux autorisations portant sur le transport international de voyageurs* » ; l'alinéa 2 excluant expressément du champ d'application le transport à l'intérieur des frontières suisses.

²⁹ OFT, Décision du 19 février 2018.

³⁰ MOOR, p. 282.

³¹ SCHAFFHAUSER, N 13 ad art. 82 Cst.

³² OFT, Décision du 19 février 2018, p. 35.

ailleurs, si le service concessionné est cofinancé par les pouvoirs publics, l'OFT impose une directive sur les conditions de travail, qui prévoit notamment un salaire minimum³³.

Les entreprises transportant des voyageurs par la route sont encore soumises à la loi fédérale sur les entreprises de transport par route (LEnTR) qui conditionne l'exercice de l'activité économique à l'octroi d'une licence. Chaque véhicule doit obtenir une autorisation d'admission et l'OFT tient un registre des détenteurs d'autorisation³⁴.

Le transport par autocar à longue distance ne relevant pas du transport régional de voyageur, la délivrance de la concession n'est pas soumise à une mise au concours³⁵. La concession peut être demandée pour une période de dix ans (art. 15 al. 1 OTV). L'OFT peut imposer une durée plus courte, notamment pour appréhender la nouveauté apportée par le transport par autocar à longue distance³⁶.

b) Les obligations de droit public

Les entreprises concessionnées sont soumises à un certain nombre d'obligations de droit public énumérées à la troisième section de la LTV. La première obligation est celle de transporter : si le voyageur est au bénéfice d'un titre de transport et que les conditions générales permettent le service, l'entreprise est tenue d'accepter le transport. Elle ne pourrait, par exemple refuser arbitrairement un voyageur³⁷.

Les sociétés sont tenues de publier leurs horaires et de garantir le transport des personnes qui sont au bénéfice d'un titre de transport valable (obligation d'exploiter)³⁸. En pratique, les concessions octroyées exigent que le transport par autocar à longue distance offre une reconnaissance complète des abonnements demi-tarif et généraux, des communautés tarifaires et des abonnements de parcours³⁹. L'obligation d'exploiter implique qu'une société ne peut renoncer à offrir le service qu'en cas de force majeure. Il ne serait pas admissible qu'une ligne ne soit pas exploitée, par exemple, en raison d'une trop faible fréquentation⁴⁰. Le respect de tarifs publiés semble discutable en l'état du marché. La société *Flixbus* a développé une offre à la tarification différenciée, ou *Yield Manage-*

³³ OFT, Directive des conditions de travail dans la branche des bus, 28 mars 2014.

³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LTV, FF 2007 2564 s. ; HÄNER, p. 242.

³⁵ Art. 32 al. 1 LTV ; OFT, Décision du 19 février 2019, p. 33.

³⁶ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 37 s. ; le Tribunal administratif fédéral a par ailleurs considéré que la durée de la concession pouvait être restreinte pour assurer un suivi du respect des conditions légales par l'entreprise concessionnée, ATAF A-3491/2007, c. 3.4, 3.5.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LTV 2, FF 2007 2554.

³⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7.

³⁹ OFT ; Décision du 19 février 2018, p. 37.

⁴⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LTV 2, FF 2007 2555.

ment, qui consiste à adapter les prix individuellement en fonction de l'offre et de la demande.

Contrairement aux transports publics locaux, les autocars à longue distance ne sont pas exonérés de l'obligation du port de la ceinture de sécurité, en raison notamment des distances parcourues et de la vitesse du transport⁴¹.

La LTV impose, à son art. 16, une **coordination des transports** publics qui englobe également les nouvelles lignes de transport à longue distance par autocar⁴². Comme évoqué, cette coordination devrait impliquer concrètement que les haltes desservies sont elles-mêmes intégrées dans le réseau de transport local ou national. L'art. 42 al. 2 OTV exige à ce titre que les arrêts ne peuvent être installés qu'aux principaux nœuds des transports publics. Or, cette disposition s'applique aux transports internationaux exclusivement. Il est regrettable de ne pas appliquer la même règle pour le transport national, pour des raisons précisément de coordination.

En pratique, les lignes proposées peinent à s'inscrire dans le réseau existant. En effet, les cantons, villes et entreprises de transport se sont plusieurs fois opposées à des projets de haltes proches des gares, motivant leur refus par le besoin de se prémunir contre une concurrence perçue comme déloyale. En pratique, l'OFT se montre très souple quant à l'obligation de coordination⁴³. Elle est toutefois exigée en lien avec la tarification : les entreprises de transport sont ainsi tenues d'accepter les billets du réseau de transport public « traditionnel »⁴⁴.

B. Le transport international

Le Conseil fédéral considère que le transport international par autocar est l'affaire des acteurs du marché et ne s'implique que peu dans un secteur qui est largement libéralisé par les accords bilatéraux conclus entre la Suisse et ses partenaires européens⁴⁵. Depuis les années 1950, des accords bilatéraux ont été conclus avec la France et l'Allemagne, qui prévoient expressément le transport transfrontalier de ligne. Contrairement au régime interne, le transport international par autocar est soumis à autorisation, et non à concession⁴⁶.

⁴¹ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 35.

⁴² CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7 ; UHLMANN/HINDERLING, p. 83.

⁴³ OFT, Décision du 19 février 2018, p. 36.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 14 ; UHLMANN/HINDERLING, p. 82.

⁴⁶ Art. 8 LTV ; Annexe 7, art. 2 ATT ; CONSEIL FÉDÉRAL, p. 15.

1. Le régime des accords bilatéraux

Le 21 juin 1999, dans le premier paquet d'accord bilatéraux, la Suisse et l'Union européenne ont conclu l'accord sur le transport de marchandise et de voyageurs par rail et par route, dit accord sur le transport terrestre (ATT)⁴⁷. L'annexe 7 concerne expressément le transport international de passagers en autocar et autobus.

Les entreprises européennes autorisées peuvent offrir un service régulier entre l'Union européenne et la Suisse. En pratique, l'autorisation peut être délivrée par tout État concerné par la ligne en question : ainsi, tant la France que la Suisse peut délivrer une autorisation pour l'exploitation d'une ligne ralliant Berne à Paris. En décembre 2017, la Confédération avait délivré 58 autorisations en vigueur pour des lignes de trafic vers l'UE⁴⁸.

2. Les États tiers

Au 14 février 2018, 85 lignes de transport international par autocar vers des États tiers, soit hors UE, étaient en fonction, soit davantage que les offres en direction de l'UE⁴⁹. Cette situation s'explique par l'existence d'une offre « historique » notamment à destination des Balkans⁵⁰. Comme pour les transports à destination de l'UE, ces offres doivent être autorisées par la Confédération, selon les règles prévues aux art. 37 ss OTV. Comme pour les offres européennes, le cabotage est interdit (art. 37 al. 2 OTV).

En l'absence d'un accord sur le transport terrestre conclu avec ces États tiers, seule la Confédération est compétente pour délivrer des autorisations d'exploiter des lignes en Suisse.

3. L'autorisation

Les conditions d'octroi par la Confédération d'une autorisation, établies à l'art. 44 OTV, sont logiquement moins strictes que celles qu'impose la concession. Aucune condition relative à la rentabilité du service n'est prévue, par exemple. Tout au plus, l'autorité peut refuser l'octroi de l'autorisation si le service de transport affectait sérieusement le fonctionnement d'une offre de transports publics (art. 44 al. 1 let. c OTV). L'autorisation est délivrée par le DETEC, pour une période de cinq ans au plus⁵¹. Enfin, conformément à l'art. 42 al. 2 OTV les arrêts doivent être installés aux nœuds principaux des transports

⁴⁷ RS 0.740.72.

⁴⁸ Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 17.4247.

⁴⁹ Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 17.4247.

⁵⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 18 octobre 2017, p. 12, UHLMANN/HINDERLING, p. 82.

⁵¹ ATAF A-4679/2017, c. 3.1.

publics. Les cantons, conformément à l’alinéa 4 de cette disposition, sont tenus de s’assurer de la présence d’arrêts appropriés et raccordés aux transports publics. Cette obligation ne s’applique que pour le transport international. Néanmoins, les entreprises routières doivent être au bénéfice d’une autorisation au sens de la LEnTR qui implique le respect de critères d’honorabilité ou de solvabilité.⁵²

L’autorisation peut être accompagnée de charges supplémentaires, comme par exemple l’obligation de suivre un trajet déterminé, d’inclure certains arrêts ou de tenir une liste de passagers⁵³.

Le **cabotage**, soit le transport d’un point à un autre au sein d’un même État, est explicitement interdit par l’art. 20 ATT. Cette limitation a pour objectif d’éviter une concurrence déloyale menée par des entreprises étrangères qui ne seraient pas soumises aux conditions suisses⁵⁴. Si cela n’exclut pas d’offrir plusieurs haltes sur le territoire d’un pays, cette disposition vise à empêcher qu’un voyageur ne profite d’une liaison internationale pour réaliser un trajet interne.

Toutefois, force est de reconnaître que les sanctions existantes en cas de violation de l’interdiction de cabotage sont faibles. Si le Conseil fédéral a prévu la possibilité de retirer l’autorisation d’exercer, il reste difficile de constater l’infraction. Par ailleurs, aucune sanction n’est prévue contre un passager qui ferait usage d’un transport international pour rallier deux villes en Suisse⁵⁵. Interdire de descendre du véhicule pour ce motif pourrait par ailleurs être considéré comme de la contrainte, poursuivie pénalement. Le 28 septembre 2018, la justice bâloise a sanctionné une compagnie pour n’avoir pas fait respecter l’interdiction de cabotage, par amende de 3000 fr.⁵⁶

Conclusion

Le succès de l’offre de transport par autocar à longue distance est, au stade actuel, très difficile à estimer. Jusqu’ici, la compagnie qui a pu exploiter des lignes en Suisse, Eurobus Swiss-Express – qui utilise le système de réservation de *Flixbus* – n’a pas rencontré le succès espéré et a obtenu, par décision du 4 décembre 2018, une réduction de la desserte avec la suppression de certaines haltes⁵⁷. Le transport international paraît plus

⁵² HÄNER, p. 242.

⁵³ UHLMANN/HINDERLING, p. 86.

⁵⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 15.

⁵⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 15.

⁵⁶ OFT, Interdiction de cabotage : la justice bâloise confirme une sanction contre *Flixbus*, Communiqué de presse du 28 septembre 2018.

⁵⁷ OFT, Décision du 4 décembre 2018.

porteur, quand bien même on assiste à une très forte concentration de l'offre autour de *Flixbus* qui a acquis la plupart de ses concurrents⁵⁸.

D'un point de vue juridique, les autorités fédérales ont jusqu'ici considéré que le droit suisse ne nécessitait pas de modification substantielle pour accompagner le développement de cette offre. Le Conseil fédéral juge que le droit en vigueur permet d'ouvrir le marché là où il est nécessaire et s'oppose à une libéralisation du secteur qui n'est ni purement monopolistique, ni purement concurrentiel⁵⁹.

On constate toutefois que les règles en vigueur, notamment en matière de coordination des transports publics, sont peu adaptées à un éventuel développement de l'offre. Curieusement, les lignes internationales, autorisées à des conditions peu contraignantes, bénéficient de droits réglementaires d'utilisation du domaine public large – en particulier pour les haltes publiques – dont ne bénéficient pas les offres internes concessionnées.

Si le contrôle du marché est justifiable, l'application du régime d'autorisation avec des conditions plus stricts en matière de conditions de travail pourrait permettre de pérenniser la branche en permettant des offres partiellement internationales, et donc plus rentables. À tout le moins, c'est au niveau de l'ordonnance que les adaptations paraissent les plus urgentes.

Bibliographie

CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur le transport international de voyageurs (train/autocar) du 18 octobre 2017*.

FÈVE Florian, *En quoi la libéralisation du transport par autocar impacte-t-elle l'exploitation des installations routières de SNCF Gares & Connexions ?*, Université de Cergy-Pontoise, 2015/2016.

GRIFFEL Alain, in : Müller (édit.), *Verkehrsrecht*, SBVR Bd. IV, Bâle 2008.

HÄNER Isabelle, in : Müller (édit.), *Verkehrsrecht*, SBVR Bd. IV, Bâle 2008.

MOOR Pierre, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 120-137.

OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, *Décision d'octroi de la concession de transport de la société Domo Swiss Express du 18 février 2018*.

OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, *Décision de modification de la concession de transport de la société Domo Swiss Express du 28 juin 2018*.

OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, *Décision de modification de la concession de transport de la société Domo Swiss Express du 4 décembre 2018*.

⁵⁸ JACQUÉ Philippe, *Autocar : le rachat de Megabus par Flixbus scelle la concentration du secteur*, *Le Monde*, 29 juin 2016.

⁵⁹ BO 2017 N 407, Leuthard Doris (CF).

OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, *Décision de refus de la concession de transport de la société Dr. Richard Schweiz GmbH du 15 février 2019.*

SCHAFFHAUSER René, in : *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zurich 2014, Art. 82 Cst.

UHLMANN Felix, in : *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zurich 2014, Art. 81a Cst.

UHLMANN Felix / HINDERLING Regula, in : Müller (édit.), *Verkehrsrecht*, SBVR Bd. IV, Bâle 2008.

Direct Agreement: facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil

Table of Contents	Page
Introduction	712
I. Why is the Direct Agreement necessary?	714
A. The signature of the tripartite agreement implies prior approval by the Granting Authority and effectiveness on the exercise of lenders' rights.	714
B. The agreement regulates the notification system and constitutes reciprocal information obligations.	719
II. Why, in addition to being necessary, is the Direct Agreement compatible with the Brazilian legal system?	722
Conclusion	726
Bibliography	726

* Professor of Administrative Law at Getulio Vargas Law School - São Paulo. Deputy Secretary of Concessions and Public Private Partnerships at the Government of the State of São Paulo. PhD in Public Law from SciencesPo/Paris, with one year of research at Harvard Law School. Master in Public Law from the University of Paris 1 (Pantheon-Sorbonne). Master in Political Science from the London School of Economics (LSE).

¹ At the time, the author participated in the structuring of the mentioned projects as a consultant for the International Finance Corporation (World Bank Group), leading the international legal and socio-environmental fronts. However, all the content of this article is her sole responsibility, not binding in any way to IFC.

² I thank Luiz Filipe Cunha for his diligent support in reviewing and improving the footnotes of this article. I also thank Camila Modesto for her detailed work in translating this article into English. All eventual errors are the author's responsibility.

³ This article was primarily published under a Portuguese and longer version in the following collection of essays: REIS, Tarcila (2017) *Acordo Tripartite: enfrentando os desafios de financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil*, in *Direito, Instituições e Políticas Públicas – O Papel do Jusidealista na formação do Estado* 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, p. 403-428. The English version was not a simply translation but also an adjusted and updated version.

Introduction

In March 2017, the Government of the State of São Paulo (GESP) obtained the result of the international bidding process for the first lot of a new highway concession program, called Midwest Lot. The auction achieved a premium of 130%⁴ and inaugurated a change in the profile of bidders in Brazilian highway concessions⁵. In April 2017, when the second batch of the program (Rodovia dos Calçados) was auctioned, the result was no less positive. Arteris (Abertis-Brookfield), whose proposal reflected a premium of 438%⁶, won the lot of 720 kilometers and R\$ 5 billion in investments over 30 years.

During the structuring of these projects, there was a scenario of intense economic and political⁷ crises in Brazil. In this scenario, it was not enough for GESP to replicate its sectorial experience⁸. It was then decided to adopt innovations⁹ in order to face the need to diversify the profiles of bidders and the scenario of financing restriction. One of these innovations is directly aimed at the security of financiers. This is the Direct Agreement, an instrument widely used in concessions and public-private partnerships in other coun-

⁴ The amount of the award offered by the winning bidder is equivalent to approximately US\$ 410 million.

⁵ The winning bidder for the first lot was the Patria Investment Fund/Blackstone Private Equity.

⁶ The amount of the award offered by the winning bidder is approximately US\$ 500 million.

⁷ The federal government's political crisis had repercussions on paralysis and institutional disruption, the outcome of which was the impeachment of President Dilma Rousseff in August 2016. At the same time, the economic crisis worsened, portraying, for example, a fall of 7.2% of GDP in the year 2015 and 2016 (O Estado de S. Paulo, "Com dois anos de recessão, PIB brasileiro encolhe 7,2%", available at: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-cai-3-6-em-2016-e-confirma-pior-recessao-desde-1930,70001689773> access on 05.24.2017) and unemployment of 11.5% in 2016 (Valor Econômico, "Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012", available at: <http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>; access on 05. 24.2017). In addition, companies that traditionally led infrastructure projects were investigated for corruption scandals and experienced serious financial crises. The crisis of credibility, especially in the eyes of international investors, was a pressing concern.

⁸ The highway concession program of the state of São Paulo began in the early nineties and is now renowned for comprising 19 of the 20 best highways in Brazil. (Research CNT/2016, published on Artesp's website <http://www.artesp.sp.gov.br/>). The program is run by Artesp, a state regulatory agency created in 2002 by Law No. 914.

⁹ These innovations include exchange risk sharing, contractual regulation of the methodology for calculating early termination, ordinary review, among others: <http://opinio. estadao. com.br/noticias/geral>, accessed on March 16, 2017 and <http://www1.folha.uol.com.br/opinio/2017/03/1867262-vitoria-da-inovacao-em-sao-paulo.shtml>, accessed on March 22, 2017 and <http://exame.abril.com.br/revista-exame/rodovias-paulistas-viram-rotas-de-investimentos-ja-as-federais/>, accessed on March 23, 2017.

tries¹⁰, notably the United States¹¹, now available for the first time in Brazil. Through this innovation, the Financier¹² was able to sign a contract¹³ with the Granting Authority and the Concessionaire to regulate the scope and procedure to exercise its rights. The signing of the direct agreement occurs after the signing of the Concession Contract and the long-term Financing Contract, and is often a condition for the first disbursement of the financing.

The aim of this article is to discuss the content of the direct agreement based on two questions. First, (i) why is the usual regulation of the exercise of lenders' rights in legislation and in Concession and PPP agreements not sufficient, and why is it necessary to sign a specific agreement for this purpose? In other words, it is necessary to justify the implementation of an agreement of this nature in Brazil. Second, (ii) what are the arguments that enabled the legal tropicalization of the direct agreement? Better: why are the eventual particularities, including apparent obstacles, surmountable in the Brazilian legal system? That is, why could the direct agreement be compatible with the Brazilian legislation?

During the response to these two questions, we will present a summary of the functioning of the main institutes of the direct agreement, paying special attention to the dynamics that the instrument will promote among its three parties during the execution of Concessions and PPPs. In conclusion, we suggest that the instrument promotes the

¹⁰ The examples around the world are countless. The Government of India, for example, seeking to encourage PPPs, has developed direct agreements for the most diverse sectors of the economy. In the ports sector, for example, there is a detailed direct agreement model, available at: http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA_0.pdf. There are equivalent models in the same country for the railroad sector, accessible in: http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/reports_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf. In Australia, the direct agreement models in the economic-financial structuring of concessions and PPPs also play a central role, including in modern renewable energy investment projects (PwC report, "Construction, operation, regulatory and bankability issues for utility scale renewable energy projects", Jan. 2017, available at: <http://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-11-construction-operation-regulatory-feb16-4.pdf>).

¹¹ In the United States, Direct Agreements are the rule in structuring infrastructure projects. The *American Bar Association* has a model agreement of this type, widely used in concession contracts, which includes a section dedicated especially to *step-in rights* (14.01). Available at: http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodelagreement_biser102012.pdf.

¹² If there is a plurality of funders, the direct agreement will be signed by the Fiduciary Agent, who will represent them. The Fiduciary Agent is hired privately and the Concessionaire normally assumes the costs arising from this hiring.

¹³ The guidelines and the draft of the agreement comprise Annex VIII of the Concession Agreement. The Financier's ability to sign it is set forth in clause 33.1 of the draft of the Concession Agreement, available on the website: <http://www.artesp.sp.gov.br/>. Note that the parties can adjust the draft of the direct agreement.

implementation of the famous *alignment of interests* between Granting Authority and Financier, so easily understood in theory and remotely experienced in practice. But it only boosts: financing challenges persist and should be at the heart of the concerns when it comes to innovation in concessions and PPPs.

I. Why is the Direct Agreement necessary?

A. The signature of the tripartite agreement implies prior approval by the Granting Authority and effectiveness on the exercise of lenders' rights.

The first argument regarding the need to make the direct¹⁴ agreement available is the fact that its signature implies prior approval by the Granting Authority of the exercise of lenders' rights. This prior approval by the Granting Authority is relevant because (a) it confers more security to the Financier regarding the effectiveness of its rights and (b) it debureaucratizes the procedure that would traditionally condition the exercise of these rights. This means that, in the cases defined in the direct agreement, the Financier enjoys the possibility of simply activating the list of its rights, without relying any longer on a discretionary judgment of the Granting Authority. From the outset (with the signing of the Direct Agreement), the Granting Power will have already approved the hypotheses that allow the exercise of lenders' rights. In these cases, the Financier will deliberately decide whether to use the list of its rights.

As we will detail in the second part of this article, there are three rights of the Financier to be potentially exercised under a concession agreement: temporary administration, assumption of control and transfer of concession. However, article 27 of the Concession Law (Law 8.987 of 1997) provides that it is necessary to obtain the *consent of the Granting Authority* to perform the transfer of the concession, under penalty of early termination on the Concessionaire's breach of the contract. Likewise, article 27-A¹⁵ of the same law establishes that the assumption of control and temporary administration will depend on *authorization from the Granting Authority*. This means that, according to the law, the exercise of the lenders' rights is subject to an evaluation by the Granting Authority.

¹⁴ Let's repeat that the direct agreement is an *option* available to the Financier. If the Financier wants to sign the direct agreement, the Concessionaire will mandatorily sign it as well.

¹⁵ Art. 27a. Under the conditions established in the concession agreement, the granting power will authorize the assumption of control or temporary administration of the concessionaire by its financiers and guarantors with whom it does not maintain a direct corporate relationship, in order to promote its financial restructuring and ensure the continuity of the services provided.

In this context, the security regarding this evaluation of the Grantor Authority usually remains weakened. That is, there is no predictability regarding the content and effectiveness of the Granting Authority's decision. The question is: will the Granting Authority approve the request for transfer of the concession? Will it authorize the temporary administration? If so, when and under what conditions? Can the Financier question the decision of the Granting Authority, since it is not part of the concession contract, or will it depend on the Concessionaire?

The lack of certainty regarding the content and effectiveness of the decision of the Granting Authority has two reasons to be, at least¹⁶.

First, the law speaks of "authorization". Authorization is widely understood in the legal world as a discretionary administrative act¹⁷, or one that enjoys some degree of discretionary power¹⁸. As we have already argued on another occasion¹⁹, the notion of discretionary administrative act informs that the justification for the choice of the public administration to perform it does not depend on the satisfaction of conditions conceived previously, specifically and explicitly, either in law or in contract. The basis for justifying a discretionary administrative act must be in conformity with the legal system, but it does not need to be listed in it. It is not necessary to consider a pre-existing normative *check-list* to justify a discretionary act. This means that the Granting Authority enjoys the flexibility to build its judgment and justify an authorization. And there is a reason for that: there is an infinite plurality of reasons underlying the Administration's decisions potentially available in practice and in compliance with the legal system. Thus, if the law were

¹⁶ The scope of this article does not include the analysis of other reasons that may influence the feeling or confirmation of a lack of certainty on the part of financiers as to the exercise of their rights. We do not include here the functioning of the judiciary, the macroeconomic policy of subsidies or the degree of participation of public banks in the financing of concession and PPP projects.

¹⁷ Authorization, for traditional doctrine, is "discretionary and precarious act" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27^a ed., 2014, p. 146), or, further, "it is the unilateral act by which the Administration, discretionarily, allows the exercise of material activity, having as rule, a precarious nature". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30^a ed., 2013, p. 444). For Rafael Oliveira, summarizing the doctrinal understanding, "the authorization has the following characteristics: a) act of state consent; b) discretionary act; and c) constitutive act"(OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017).

¹⁸ We are in favour of an analysis of the *various degrees* of discretionary power identifiable in the various types of administrative acts. We find the bipolar classification (discretionary or binding) of administrative acts unrealistic. However, for the purpose of this text, we will not go into this discussion further, nor will we assess the degree of discretionary nature of the authorization term for the exercise of lenders' rights.

¹⁹ REIS, Tarcila (2016) *Avanços e Problemas do Novo Decreto de PMI da Bahia*, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 177-190, jan/mar.

to list them, the law would be infinite (because infinite is the possible number of reasons) or unfair (a list would not be able to portray the infinite number of reasons).

The problem is that the higher the degree of discretion, the lower the degree of predictability. In long-term projects, this predictability sounds even more remote because the risk analysis on the circumstances and profiles of today's decision-makers will not persist in the future. Circumstances and decision makers change.

The fact is that, although the Financier has the right to expect a decision *in accordance with the legal order*, he cannot describe this decision beforehand. As a result, the Financier has little faith in rights that, although provided by law, depend on discretionary acts of authorization or consent, without any more detailed regulation regarding the criteria or hypotheses related to it. For example, according to the law, in cases of temporary administration and assumption of control, there will be authorization if the request, *under the conditions established in the concession agreement*, aims to promote its financial restructuring and ensure the continuity of the provision of services. As the concession agreements do not normally provide for these conditions, the Financier is faced with the need to convince the Granting Authority that its request will result in *financial restructuring and continuity of service provision*.

Since financial restructuring and continuity of service provision are elastic and highly contextualised concepts, the discretionary nature of authorisation is practically beyond control. It is simply not possible to state beforehand if and when the lenders' rights can be exercised. Perhaps more seriously, the transfer of the concession (the third lenders' rights, internationally known as "*Substitution*") is not even supported by an elastic concept equivalent to *financial restructuring and continuity of service provision*. The law only states that the transfer depends on consent, without informing which are the minimum elements that should guide the Authority's decision to consent or not.

As this article does not have the goal to propose legislative change, we assume that the administrative act that conveys the exercise of lenders' rights will remain discretionary. What we can do through discussion of the direct agreement is to reduce the corresponding margin of discretion, in order to ensure the predictability of the exercise of lenders' rights. As we will detail in the next section, the law *already* allows us to establish the conditions under which the exercise of these rights may occur. It will be the responsibility of Concession and PPP projects structurers to develop the content and regulation of these conditions in their respective direct agreements.

Specifically, the direct agreement in comment²⁰ mitigates the risk of unpredictability insofar as it ensures that the Financier can exercise its rights in two cases: (i) during the

²⁰ We will use the examples from the direct agreements of São Paulo's projects. However, nothing prevents the customization of their conditions and hypotheses, depending on the risks and sectors in-

30 days counted from the notification²¹ of the Granting Power, affirming that the Cure Period within the scope of the concession agreement has expired, without the concessionaire having succeeded in remedying the breaches previously indicated and (ii) at any time while the default within the scope of the financing agreement lasts after the respective Cure Period has expired. If either of the two hypotheses is materialized, the Financier may notify²² the Granting Power, simply informing which right it will exercise (temporary administration, assumption of control or transfer of the concession).

This communication from the Financier already has the approval of the Granting Authority²³ regarding the exercise of the right. This approval is provided in the direct agreement. For example, in the case of transfer of the concession (assignment of the concession), clause 14.1.1 of the direct agreement draft made available by GESP stipulates that “*through this instrument, the Concessionaire, as well as the Granting Power, consents to the option granted herein, without prejudice to the prerogative of the Granting Power to approve the qualification of the grantee²⁴, to whom the rights arising from the Concession Agreement will be transferred, pursuant to the provisions of § 1, Article 27 of Law 8,987/95*”. (emphasis added)

But what if we were to overcome the argument of prior authorization by means of regulation *in the concession agreement itself* of the events that give rise to the exercise of lenders’ rights, thus reducing the margin of discretionary power of the Granting Authority referred to above? That is, would the direct agreement no longer be necessary if we were to move from it to the concession contract all the rules relating to the exercise of lenders’ rights, in order to reduce the margin of discretionary power of the Granting Authority? No, the direct agreement would still be necessary.

The direct agreement would continue to be necessary to the extent that it conveys the *enforcement* of the rights and duties on the part of the Financier in relation to the Granting Power. This is the second argument on the need for the direct agreement: it is the direct agreement that allows the Financier to demand the guarantee of the exercise of its

involved in each project. In this sense, it is also worth remembering that the draft made available by GESP was illustrative. In other words, the parties will be able to adjust it, as long as they respect the assumed guidelines.

²¹ The renewal of the exercise period for another 30 days is guaranteed, being enough that the Financier makes a request. For new extensions, the Financier will be subject to the analysis of the Granting Power.

²² Notification of Temporary Administration, Notification of Assumption of Control and Request for Transfer of Concession.

²³ Naturally, the Financier must be in legal and fiscal regularity to exercise any of its rights (art. 27 and art. 27-A).

²⁴ We will detail in the second section the scope of this qualification, whose satisfaction must be as objective as that provided for in bidding procedures.

rights from the Granting Power in contractually defined cases. Without the direct agreement, the Financier has no legal relationship with the Granting Power and depends on the Concessionaire's intermediation to obtain such approvals.

Moreover, without a direct agreement, despite the flagrant "*alignment of interests*"²⁵ between the Granting Power and the Financier, the latter does not dialogue and has no reciprocal rights and obligations. For example, there would be no way to demand the duty of reciprocal notifications to trigger Cure and Exercise Periods. There would be no way for the Financier to demand directly from the Granting Authority the guarantee of these rights. Ultimately, the alignment of interests between the Granting Authority and Financier would continue to depend on the Concessionaire, whose interest is usually at the opposite pole.

In this context, it is worth remembering that the wording of the concession agreement in question provides that the signing of the direct agreement is an option of the Financier. In the event that the Financier signals its interest in exercising this power, the Granting Power and the Concessionaire, signatories of the concession contract, will be required to sign the direct agreement. That is, it is the Financier who ultimately decides whether or not there will be a direct agreement in the project.

The reason for the optional nature of the direct agreement is symmetrically equivalent to the need for the Granting Power to be willing to sign it: the direct agreement implies prior authorization from the Granting Power and effectiveness of the exercise of lenders' rights. In other words, with the direct agreement, the Financier can now demand directly from the Granting Power the exercise of its rights and all the dynamics of notifications underlying them. If, for any reason, the Financier were not interested in enjoying the

²⁵ A fundamental item to create the alignment of interest is the provision of Law 8.987/1995: Art. 28: In the financing agreements, the concessionaires may offer in guarantee the rights emerging from the concession, up to the limit that does not compromise the operationalization and continuity of the service provision. In other words, the Financier is interested in the success of the concession because it is the source of revenue able to honor the financing contract, while the Granting Authority is interested in the efficient provision of services and that the user is, therefore, satisfied. Therefore, the Granting Authority is interested that the financing agreement is being fulfilled, since it is the source of the capital to be invested in the service delegated by it. Of course, there are guarantees and even the possibility of resorting to equity capital, but the transaction costs and insecurities generated in relation to the SPV's liquidity are distant from the expectation of a successful concession contract. "Lenders' step-in rights are market practice and key to the bankability of PPP projects. They can assist all parties: lenders are given a chance to protect their loan, and the Authority and project users can benefit from their attempt to rescue the project. When stepping in, the lenders' interests and those of the Authority are to a large extent aligned." (Allen & Overy, European Expertise Centre, "Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts", p. 51, available at http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination_Report.pdf).

benefits arising from the direct agreement, it would not make sense for the Granting Power to oblige it to do so.

The newness is that the Granting Power is willing to guarantee the exercise of lenders' rights in certain cases, granting since the signing of the Direct Agreement the prior authorization required by law and its due effectiveness.

B. The agreement regulates the notification system and constitutes reciprocal information obligations.

Besides implying prior authorization and effectiveness to lenders' rights, the Direct Agreement is important because it inaugurates a system of reciprocal notifications, giving the expected protagonism to the role of the Financier during the execution of the concession contract. This system of reciprocal notifications aims to implement rights and obligations arising from the interests shared between the Granting Power and the Financier. There are three premises: (i) the continuity of the project cannot be put at risk; (ii) the guarantee of the Financiers are the project assets and (iii) these assets are limited.

The question is: since the Granting Power and the Financier want the concession to be successful, how can they help each other achieve this objective, avoiding repeated breaches of the concession contract, ensuring the lender's performance in the financial restructuring of the concession or even avoiding early termination? The answer to this question through direct agreement has two consequences. First, the direct agreement institutionalizes the practical dynamics of the alignment of interests, until then understood only in theory. Second, the institutionalization of this practical dynamic ends up materializing the exercise of lenders' rights, until then legally provided for, but lacking contractual customization.

The notification system can be summarised as follows. The direct agreement sets out a list of the Concessionaire's contractual faults, which must be identified by the Granting Authority (under the concession contract) and by the Financier (under the financing contract). These contractual failures are called *alert events*. Note that they are not any²⁶

²⁶ They could not be any failure because, as we will see, the dynamic from an alert event can lead to the exercise of lenders' rights. However, the guarantee of the exercise of these rights must be limited only to serious situations, which endanger the concession and, therefore, the source of the Financier's income. It is when these serious situations occur that the Financier is entitled to be called upon to exercise his right to act in the concession in order to financially restructure it and ensure the continuity of service provision. If any failures were capable of configuring an alert event, there would be, on the one hand, an undue expansion of the role of the Financier and, on the other hand, an unrealistic operational demand to manage the direct agreement.

contractual failures, but those listed²⁷ in the direct agreement and that, once identified, will be subject to Alert Notification (between Granting Power and Financier, depending on the contract in which the failure occurred). If an alert event occurs within the scope of the concession agreement, the Granting Authority must notify the Financier. If an alert event occurs within the scope of the financing agreement, the Financier must notify the Granting Authority. At the same time, the author of the alert notification must also notify the Concessionaire, informing the identification of the failure and requiring it to be remedied in a certain period²⁸ (Cure Period). The receipt of this notification by the Concessionaire initiates the Cure Period, during which the failure must be remedied.

If the alert is effective, the Concessionaire will attempt to resolve the irregularity during the Cure Period. There is, however, the possibility that the failure committed by the Concessionaire will not be remedied during the Cure Period. In this case, the concessionaire did not use the period granted by the direct agreement to remedy the irregularities committed. On the one hand, from the point of view of the concession contract, everything will continue as traditionally required (administrative proceeding, warnings, fines, etc.). On the other hand, from the point of view of the direct agreement, the Exercise Period will initiate, during which the Financier will have the opportunity to make use of the list of its foreseen and regulated rights. At the end of the Period of Cure without the irregularity (alert event) having been "cured" by the Concessionaire, the Granting Power must notify the Financier (Notification of the Granting Power), informing it of such situation. The Exercise Period begins when the Financier receives such notification.

Once the Exercise Period is initiated, the Financier may claim any of his rights. It is an *option* of the Financier to exercise it *without gradual conditions*. In other words, the Financier has no obligation to exercise any of his rights. Once the Exercise Period has begun, the Financier may simply remain silent, without any consequence. Second, it is not necessary for the Financier to exercise rights whose intervening intensity is lower in order to exercise rights of greater intervening intensity. The Financier may choose to

²⁷ In the São Paulo example, alert events were considered:

- (a) non-fulfilment of an obligation leading to the execution of a guarantee, provided that at least one of the following hypotheses had occurred (i) a fine in an amount greater than a certain amount; (ii) a certain number of notifications with specific types of penalties (in this case, levels E and F); and (iii) default on fines or amounts to be paid to the Granting Authority;
- (b) filing of administrative proceedings for a declaration of forfeiture;
- (c) filing of administrative proceedings for a declaration of intervention; and
- (d) non-fulfilment of obligations that may result in the acceleration of the payment of the debt or the early maturity of its debts, according to the financing agreement.

²⁸ The cure period shall be 30 days, unless the concession contract or the financing contract provides for a separate period for the concessionaire to settle a certain obligation. If there is a distinct 30-day period, the period of the Cure Period for remedying the alert event in question will be the same as that provided for in the concession contract or in the financing contract.

exercise *any* of its rights. For example, he may exercise his “strongest” right at the beginning of the Exercise Period, without being conditioned to the staggered exercise of rights (first intervene little and finally strongly).

In this article²⁹, we graduate the three rights in three distinct intervening degrees: temporary administration (light), assumption of control (medium) and transfer of the concession (strong). The gradation criterion is the degree to which the Financier shares responsibility with the Concessionaire in relation to the concession contract. In temporary administration, the gradation is light because the Financier is not responsible for the content of the concession contract. Pursuant to paragraph 5 of art. 27-A of Law 8.987/1995³⁰, the Financier, through the temporary administrator, will have some powers within the scope of the concession contract, but does not share with the Concessionaire the responsibility arising therefrom. During the assumption of control, the Financier, being the likewise owner of the Concessionaire’s shares, will be responsible, as if it were a shareholder, for the content of the concession contract. The responsibility is equivalent to that attributed to the other shareholders³¹, within the limits and conditions existing for the other shareholders. Finally, the strongest right is the transfer (or cession) of the concession. This is the strongest right because the concessionaire will be replaced by the cession of the contractual position of the contractee (Concessionaire). That is, the maximum degree of sharing of the content of the contract with the concessionaire occurs exactly when its performance is emptied. Instead of sharing, there is the (complete) transfer of the concession, through the replacement of the Concessionaire³².

²⁹ We will detail this point in section II, when we deal specifically with the three rights.

³⁰ § Article 27-A, paragraph 5, of Law 8.987/1995: “The temporary administration authorized pursuant to this article shall not entail liability to financiers and guarantors in relation to taxation, charges, encumbrances, penalties, obligations or commitments to third parties, including with the granting power or employees. (Included by Law No. 13.097 of 2015)”.

³¹ It is for this reason that it is the Brazilian step-in-rights. Here, the Financier *step in the shoes of the concessionaire*, in other words, acts as if it were in your skin.

³² It is worth insisting on the idea that the Financier may not alter the content of the concession contract in the exercise of his rights. In the event of transfer of the concession, it is a new contract with an old contract, as well as in the cases of temporary administration and assumption of control, there will be no change in the contractual obligations of the concessionaire (paragraph 2, article 27-A, of Law 8.987 of 1995).

II. Why, in addition to being necessary, is the Direct Agreement compatible with the Brazilian legal system?

The purpose of this section is to argue that the tropicalization of the Direct Agreement is legally feasible. This means that the attempt to implement such an innovation in Brazil does not need to face a legal obstacle whose seriousness demands a legislative change to be overcome.

The direct agreement is compatible with the Brazilian legal system essentially for two reasons. First, the national legislation itself, notably Law 8.987 of 1995, already provides for legal concepts related to lenders' rights equivalent to those regulated in direct agreements worldwide. The equivalence occurs between (i) *cure rights* and temporary administration, (ii) *step-in-rights* and assumption of control and (iii) substitution and transfer of the concession. That is, the direct agreement simply regulated the scope and exercise of rights that already enjoyed legal support. The Brazilian regulatory framework provided for them and, thus, did not require regulatory innovation to enable instrumental (practical) innovation.

This section reflects a comparative law effort, the outcome of which supports the first argument regarding the legal feasibility of the direct agreement in Brazil. That is to say: the direct agreement is viable because the legal concepts regulated in it are already provided for in the Brazilian legislation. The concepts are not the same, but equivalent. There are traces of similarity sufficiently robust in the spheres compared to legitimize the adaptation.

In a standard³³ direct agreement, there are three types of rights provided to the Financier: *cure rights*, *step-in-rights* and *substitution*.

The rights of the Financier called "*cure rights*" include the possibility of performing an act, duty or obligation required from the Concessionaire under the concession contract, whose fulfilment relieves the Concessionaire of the consequences arising from the contractual failures. The *cure period*, which implies the possibility of exercising the cure rights, begins with the Financier receiving the notice from the Granting Authority regarding certain breaches of contract (causes of intervention, forfeiture, bankruptcy or suspension of activities). The term of the cure period varies according to the type of failure, since the reasonable time to cure failures of different natures may vary.

³³ I would like to thank Allen & Overy, especially Sami Mir, who helped us study the instrument in the international experience, as an IFC consultant on the international legal front.

During the cure period, the Financier does not assume the obligations related to the concession contract. Financier may, but have no obligation to, take action to remedy the fault. That is, the concessionaire remains fully responsible for the concession contract, whose legal relationship is not altered in any way. During this period, the Granting Authority undertakes (i) not to declare forfeiture on account of the Concessionaire's default; (ii) not to proceed with bankruptcy, liquidation, etc. and (iii) not to suspend the concession agreement.

The equivalence of *cure rights* with temporary administration occurs for four reasons. The first and most important was discussed above when we evaluated the intensity of the Financier's intervention in each right. This is the lack of responsibility of the Financiers for the contractual obligations. Art. 27, § 5 law 8.987 expressly³⁴ confirms this equivalence. Next, there is also no change in the contractual relationship (art. 27, § 2o law 8.987³⁵) when the Financier decides, again, at its discretion, to act in such a way as to relieve the concessionaire of a contractual fault committed by him. Third, the law establishes an exemplary list of powers to be attributed to the Financiers during the temporary administration (art. 27, § 4o law 8.987). This means that there is no fixed scope of powers, which allows powers ordinarily existing in direct agreements to be included, if applicable, in Brazilian direct agreements as well. Finally, the provision of different terms for different cure periods, due to the contractual failure that the Financier's right aims to remedy, is equally expected in Brazil. Article 27-A, paragraph 6³⁶, Law 8.987 of 1995 granted flexibility to the Granting Authority to stipulate the term of the temporary administration.

The *step-in rights* may also be used by the Financier at any time during the cure period³⁷. The Financiers are more active (intensely stronger right) during the use of this right,

³⁴ § 5 - The temporary administration authorized pursuant to this article shall not entail liability to financiers and guarantors in relation to taxation, charges, encumbrances, penalties, obligations or commitments to third parties, including with the granting power or employees.

³⁵ § 2 - The assumption of control or temporary administration authorized pursuant to the **caput** of this article shall not alter the obligations of the concessionaire and its controllers to third parties, the granting power and users of public services.

³⁶ § 6 - The Granting Authority shall discipline the term of the temporary administration.

³⁷ In the São Paulo model, the exercise period is equivalent to the *cure period* of the "direct agreements" existing in the international sphere. In the São Paulo model, there is a separation between (a) the cure period and (b) the exercise period. This occurs because the cure period was intended to perform equivalence with the cure period of the concession contract. It was considered exaggerated to allow the exercise of lenders' rights at the same time that the concessionaire is given a minimum term to "cure" its failure. Exaggerated because a drastic measure, such as the transfer of the concession, could occur before the concessionaire concludes its attempt to remedy the contractual failure. Thus, in the São Paulo model, the cure period serves as an opportunity for the concessionaire, in a hypothesis equivalent to the existing chances in the concession contract. On the other hand, the exercise period begins after the cure period has not remedied the failure, as we saw above.

assuming obligations of the concession contract *at the same time as the concessionaire*³⁸. The entry entity³⁹ and the concessionaire are jointly liable for the amounts due up to the entry date (“*Step-in Date*”) and for the fulfilment of the obligations during this period up to the exit date (“*Step-out date*”). If the Financier decides to exercise the *Step-in right*, the Granting Authority undertakes (i) not to declare forfeiture on account of the Concessionaire’s default, unless the cause of forfeiture occurred during the entry period or if the entry entity fails to comply with the restructuring plan; (ii) not to proceed with bankruptcy, liquidation, etc. and (iii) not to suspend the concession agreement, unless the cause occurs during the entry period.

The equivalence of *Step-in rights* with assumption of control occurs for three reasons. First, Law 8.987 provides for likewise ownership of shares or quotas for the purposes of financial restructuring or continuity of the concession (Art. 27-A, § 3, Law 8.987) during the assumption of control. This means that the simultaneity of the Financier in the concessionaire’s *shoes* (as if it were a shareholder) is possible, which is equivalent to exercising the rights and duties of the concessionaire. Second, there is liability for contractual obligations during the period of assumption of control (Art. 27, § 5 law 8.987⁴⁰). Third, the law only requires that those who assume control comply with the requirements of legal and fiscal regularity (Art. 27-A, §1, Law 8.987). In other words, there is flexibility over the other eventual requirements that will compose the profile of the entry entity. And there is a reason for that. On the one hand, the *Step-in rights* is necessarily temporary (there is provision for *step-in date* and *step-out date*). On the other hand, the profile will depend on the financial restructuring plan to be prepared.

During the cure period, Financiers can also opt for the third right available in *direct agreements*: “*substitution*”. By means of a notification (*Substitution Notice*), the Financiers propose a potential substitute, whose qualification must be evaluated by the Granting Authority based on objective criteria. Here, it should be noted that there is no assessment on the right to substitution, but only on the proposal of substitute. If the replacement proposal is approved, three main consequences will occur: (a) the Granting Authority may not terminate or suspend the concession agreement due to events that occurred before the replacement; (b) if there is an entry entity exercising the rights and obligations of the concession agreement, these are terminated once the substitution is

³⁸ For example, this clause concerning the right assigned to the entry entity: “jointly and severally entitled to exercise and enjoy the rights and powers expressed to be assumed by or granted to Concessionaire under the Concession Agreement and this Agreement”.

³⁹ § 6 - The Granting Authority shall discipline the term of the temporary administration.

⁴⁰ This is the contrary sense reading of what occurs with temporary administration, in addition to the result of resolvable ownership of the shares.

effective and (c) the Granting Authority will sign a similar *direct agreement* with the replacement, which must contain substantially the same terms⁴¹.

In Brazil, the equivalent of the “*substitution*” right is the transfer of the concession for three reasons. First, the direct agreement implies the consent of the Granting Authority, which, as we have seen, is a necessary condition for the transfer of the concession to be implemented. Furthermore, the Granting Authority must also evaluate the qualification of the transferee proposal, in order to comply with the provisions of article 27, paragraph 1, of law 8.987/1995. Third, the new special purpose company enters into the contract, assuming the position of contracted, replacing the previous SPV.

This is because the transfer of the concession corresponds to the “*contractual assignment*”, which, regulated by the direct agreement, triggers all the legal consequences provided for therein, equivalent to the “*substitution*”. For example, there is no succession of corporate liabilities in contractual transfer because it is not a corporate succession. That is, it is the contracted part that is being replaced, not the company that is being the object of succession (change of shareholders or partners). This consequence is crucial for a transfer of the concession to make sense, that is, to insist on the concession, despite the concessionaire. Therefore, any liabilities of the replaced SPV are not attributed to the substitute SPV due to the contractual assignment.

What can, and probably will, occur is private negotiation between Financier, transferor and transferee regarding the amount to be replaced in the financing contract. This negotiation will take into account the debts of the transferor, but in no way means that the transferee assumes all its corporate liabilities. If it were otherwise, a transfer of the concession would hardly be successful because the new SPV would probably start the contract with liabilities incompatible with the objective of saving the concession. However, it is important to stress that the separation of corporate liabilities⁴² is different from the debts that the replaced concessionaire has with the Granting Authority. The substitute concessionaire will fully assume the *contractual position*, i.e., the obligations, rights and pending liabilities arising therefrom⁴³. The obligations are not annulled in time, it is the concession contract that continues in time. It is a new contracted part in an old contract.

⁴¹ The following is an example of a clause concerning the consequent contractual assignment: “(c) Grantor shall enter into an equivalent direct agreement on substantially the same terms as this Agreement, save that Concessionaire shall be replaced as a party by the Substitute.”

⁴² Notably labor or tax liabilities.

⁴³ In examples of a direct agreement, we even see a deadline for the replacement to resolve the outstanding issues. In the case of São Paulo, we opted for flexibility in order to act in accordance with the context and circumstances of each situation. The restructuring plan of the substitute, which will be submitted to the approval of the Granting Authority, will set deadlines for payments and remedia-

Conclusion

Concession and PPPs contracts are representative of the challenges and benefits of public policies that propose convergences between the public and private sectors. This article focused on the direct agreement, an instrument recently inaugurated in Brazil, whose purpose is to mitigate the bankability difficulties experienced by the infrastructure sector, accentuated by the economic and political crises.

Confronting the problem involves giving a leading role to the Financier in Concession and PPP contracts, through institutionalized dialogue with the public authorities, and through regulating the exercise of its rights, by overcoming the uncertainties traditionally reflected by the public administration. To this end, we discuss why the direct agreement is important for boosting the bankability of Brazilian projects, focusing particularly on prior authorization, feasibility of lenders' rights and notification system, which infer a series of reciprocal obligations in concrete from the alignment of interests in theory.

But there is no progress without adjustments, resistance and limitations. The second part of the article discusses these adjustments, resistances and limitations, arguing why the tripartite agreement, besides being necessary (first part), is not problematic from the legal point of view. The typology of legal resistance confirms the argument, without getting rid of the need to continue searching for institutes, instruments and institutional designs that face the challenges of bankability in Concession and PPP projects. The problem remains greater than the progress made.

Bibliography

Books

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2014, p. 146;
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 841/842;
- MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª ed., 2013, p. 444;
- OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Forense, 7ª ed., 2017, p. 303

tion of outstanding contractual defects, in order to ensure the continued viability of the concession contract.

Articles

- JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade. In: Di Pietro, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo. Atos Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade. V. II.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, nº 8, 2004. p. 189;
- MODESTO, Paulo. “Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo”. Available at: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-criese>
- REIS, Tarcila (2016) *Avanços e Problemas do Novo Decreto de PMI da Bahia*, *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 177-190, jan/mar;
- SADDY, André. “Efeitos Positivos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro”. *Rev. Eletrônica de Direito do Estado*, n. 20, 2009, p. 10
- SALOMÃO NETO, Eduardo; RODARTE, Fábio. “‘Step-in rights’: uma solução para investimentos no setor elétrico?” *Boletim Levy & Salomão Advogados*, available at: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/step-in-rights-uma-solucao-para-investimentos-no-setor-eletrico>);

Dissertations and Theses

- TEIXEIRA, Fausto. *Análise do step-in rights no project finance no Brasil*. Trabalho apresentado ao Insper para obtenção do grau de LL.M., 2016;

Procedural Pieces

- Manifestação da Advocacia Geral da União, fl. 65 do processo 142204, Supremo Tribunal Federal); RE 591.874/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, judged in 08.26.2009, DJ 09.17.2009

Websites

- “Com dois anos de recessão, PIB brasileiro encolhe 7,2%”, O Estado de S. Paulo, available at: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral.pib-cai-3-6-em-2016-e-confirma-pior-recessao-desde-1930,70001689773>; accessed in 05.24.2017);
- “Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012”, *Valor Econômico*, available at: <http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>; accessed in 05.24.2017).
- Research CNT/2016, published on Artesp’s website: <http://www.artesp.sp.gov.br>;
- <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral>, accessed in 03.16.2017;
- <http://www1.folha.uol.com.br/opinio/2017/03/1867262-vitoria-da-inovacao-em-sao-paulo.shtml>, accessed in 03.22.2017;
- <http://exame.abril.com.br/revista-exame/rodovias-paulistas-viram-rota-de-investimentos-ja-as-federais/>, accessed in 03.23.2017;
- http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA_0.pdf, accessed in 03.23.2017;

http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/reports_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf, acessado em 23 de março de 2017;

<http://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-11-construction-operation-regulatory-feb16-4.pdf>), accessed in 03.22.2017;

http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodelagreement_biser102012.pdf, accessed in 03.25.2017;

Allen & Overy, European Expertise Centre, “Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts”, p. 51, available at: http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination_Report.pdf;

http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/02/cadernos/jornal_da_lei/544869-apos-tres-anos-incertezas-permeiam-lei-anticorrupcao.html), accessed in 03.23.2017.

Grenzfälle im Beschaffungsrecht

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	729
I. Anwendbarkeit des BöB auf Finanzierungsgeschäfte	730
A. Problemstellung	730
B. Rechtliche Analyse	731
1. Definition des öffentlichen Auftrags	731
2. Qualifikation der Finanzierungsgeschäfte	731
a) Dem BöB unterstehende Finanzdienstleistungen im Allgemeinen	731
b) Qualifikation des Finanzierungsgeschäftes Kreditlinie	732
c) Qualifikation des Finanzierungsgeschäftes Anleihen	733
3. Ausblick: Totalrevision des BöB	734
C. Fazit	735
II. Unterstellung von Vergaben betreffend das Finanzvermögen unter das Beschaffungsrecht	735
A. Problemstellung	735
B. Rechtliche Analyse	736
1. Gesetzliche Grundlagen	736
2. Rechtsprechung	738
3. Lehre	739
4. Ausblick: Totalrevision des BöB	741
C. Fazit	741
Literaturverzeichnis	742

Einleitung

Die Leitidee des Beschaffungsrechts ist so klar wie einleuchtend: Wo der Staat in Abwesenheit von ausreichendem Wettbewerbsdruck öffentliche Mittel zur Beschaffung von

* Rechtsanwalt und Partner bei Bär & Karrer in Zürich sowie Titularprofessor Dr. für öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Zürich.

** Rechtsanwalt bei Bär & Karrer in Zürich.

Leistungen verwendet, soll sein Handeln geeigneten Regeln unterworfen werden, um eine ineffiziente Verwendung öffentlicher Mittel sowie wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen von Marktteilnehmern zu verhindern (vgl. Art. 1 BöB).

Die Umsetzung dieser Leitidee auf Gesetzesstufe erfordert die Beantwortung einer Reihe von Fragen, namentlich: Welche Behörden, Organisationen und sonstigen rechtlichen Gebilde gelten als «der Staat», bzw. wer untersteht als Auftraggeber überhaupt dem Beschaffungsrecht? Für welche Leistungen soll das Beschaffungsrecht gelten? In welchen Konstellationen kann von einer Unterstellung unter das Beschaffungsrecht abgesehen werden?

Mit der Beantwortung dieser Fragen werden unweigerlich die Grenzlinien gezogen, innerhalb derer das Beschaffungsrecht Anwendung findet. Bis heute sind indessen die Grenzverläufe des vom Beschaffungsrecht abgesteckten Regulierungsraumes nicht an allen Stellen völlig klar.

Dieser Beitrag beleuchtet für zwei ausgesuchte aber praktisch relevante Fälle die mit Bezug auf die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts sich stellenden Fragen in den Grenzbereichen des Beschaffungsrechts. Einerseits geht es dabei um gewisse Finanzierungsgeschäfte, andererseits um Vergaben im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen.

I. Anwendbarkeit des BöB auf Finanzierungsgeschäfte

A. Problemstellung

Wenn ein dem BöB unterstehender (Sektoren-)Auftraggeber am (Kapital-)Markt finanzielle Mittel aufnehmen will, erscheint fraglich, ob das BöB in objektiver Hinsicht auf ein solches Finanzierungsgeschäft und mithin die Auswahl des Finanzdienstleisters bzw. Investors anwendbar ist. Das BöB kommt bekanntlich nicht für sämtliche, sondern nur für bestimmte zu beschaffende Dienstleistungen zur Anwendung. Deshalb muss die Anwendbarkeit des BöB auf die Beschaffung von Dienstleistungen jeweils im Einzelfall geprüft werden. Vorliegend wird die objektive Unterstellung von Finanzierungsgeschäften unter das BöB anhand zweier konkreter Finanzierungsgeschäfte untersucht: einerseits der Vereinbarung einer Rahmenkreditlinie (sog. *Revolving Facility*) («**Finanzierungsgeschäft Rahmenkreditlinie**») und andererseits der Ausgabe einer Anleihe («**Finanzierungsgeschäft Anleihen**»).

Beim Finanzierungsgeschäft Rahmenkreditlinie schliesst der Auftraggeber mit einer Bank einen Rahmenvertrag. Dieser sieht vor, dass der Auftraggeber während der Laufzeit des Rahmenvertrags innerhalb einer darin definierten betragsmässigen Limite Kredi-

te von der Bank abrufen und auch wieder zurückzahlen kann. Für bezogene Kredittranchen ist ein Zins zu entrichten, dessen Berechnung im Rahmenvertrag geregelt wird.

Beim Finanzierungsgeschäft Anleihen tritt der Auftraggeber selbst als Emittent von Anleihen i.S.v. Art. 1156 ff. OR auf. Typischerweise vollzieht er die Emission jedoch nicht selbst, sondern lässt die Anleihen durch ein Bankensyndikat am Markt platzieren, wozu der Auftraggeber mit den betreffenden Syndikatsbanken einen Anleihevertrag schliesst. Darin wird die Platzierung der Anleihen durch das Bankensyndikat geregelt. Die federführende Syndikatsbank überweist dem Auftraggeber nach der durchgeführten Emission der Anleihen den Erlös der platzierten Anleihen. Der Auftraggeber bezahlt den Syndikatsbanken für ihre Dienstleistung Kommissionen und Gebühren.

B. Rechtliche Analyse

1. Definition des öffentlichen Auftrags

Das Beschaffungsrecht gilt nur für öffentliche Aufträge. Als solche gelten (i) synallagmatische Rechtsgeschäfte, welche (ii) durch einen öffentlichen Auftraggeber veranlasst werden und bei denen (iii) kommerziell motivierte Leistungserbringer (iv) gegen Entgelt (v) Bauarbeiten, Güterlieferungen oder Dienstleistungen erledigen.¹

Vorliegend wird untersucht, ob Finanzierungsgeschäfte als Dienstleistungen i.S. des BöB gelten.²

2. Qualifikation der Finanzierungsgeschäfte

a) Dem BöB unterstehende Finanzdienstleistungen im Allgemeinen

Dem BöB unterstehen gemäss seinem Art. 5 Abs. 1 Bst. b Aufträge über die Erbringung einer Dienstleistung gemäss Anhang I Annex 4 des GPA. Finanzgeschäfte werden dort ausdrücklich genannt, wobei innerhalb der Division³ 81 der provisorischen Central Product Classification Liste («**provCPC**») betreffend «*Financial intermediation services and auxiliary services therefore*» grundsätzlich alle «*services bancaires et d'investissement*» erfasst sind. Allerdings sind gemäss Fn. 2 in Anhang I Annex 4 GPA «*des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services fournis par des banques cen-*

¹ Vgl. BEYELER, Rz. 631 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 178 ff.

² Für die Kantone gilt die IVöB gemäss ihrem Art. 6 grundsätzlich für sämtliche Arten von Dienstleistungen.

³ Die Terminologie der Hierarchiestufen ist wie folgt: 1. Sektionen (z.B. 8), 2. Divisionen (z.B. 81), 3. Gruppen (z.B. 811), 4. Klassen (z.B. 8111), 5. Subklassen (z.B. 81111); vgl. BEYELER, Rz. 1052.

trales» vom Anwendungsbereich des GPA ausgenommen. Dementsprechend gelten gemäss Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1a VöB als Dienstleistungen im Anwendungsbereich des BöB und des 2. Kapitels der VöB «*Versicherungs- und Bankdienstleistungen mit Ausnahme von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken*», wobei auf die Gruppen 811, 812 und 814 der provCPC verwiesen wird.

b) Qualifikation des Finanzierungsgeschäftes Kreditlinie

Dem BöB unterstehen insbesondere «*services bancaires et d'investissement*» bzw. Bankdienstleistungen, die nicht von einer Zentralbank erbracht werden (vgl. Fn. 2 Anhang I Annex 4 GPA und Anhang 1a Abschnitt A Ziff. 6 VöB).⁴ Die Ausnahmebestimmung betreffend Wertpapiere und andere Finanzinstrumente greift für den Abschluss von Kreditlinienverträgen klarerweise nicht (vgl. auch die Definition von «Finanzinstrumente» in Art. 3 Bst. a FIDLEG).

Gemäss Anhang 1a Abschnitt A Ziff. 6 VöB gelten die in der Gruppe 811 provCPC betreffend «*Financial intermediation services except insurance and pension fund services*» enthaltenen Leistungen als Dienstleistungen im Anwendungsbereich des BöB. Entscheidend ist somit, ob Kreditlinienverträge zu dieser Gruppe gehören. Diese Frage ist durch Auslegung der provCPC-Liste zu beantworten.⁵

Die CPC-Klassifikation ist als umfassend und abschliessend zu verstehen, weshalb es kein Gut und keine Leistung gibt, die nicht einer bestimmten Position der Klassifizierung zugeordnet werden könnte.⁶ Die Subsumption einer bestimmten Leistung unter eine bestimmte CPC-Klassifizierung findet primär auf der Stufe einer Subklasse statt.⁷ Wird auf eine bestimmte Stufe oberhalb der Subklassen verwiesen, so umfasst der Verweis sämtliche Leistungsdefinitionen, die sich in den unter der fraglichen Stufe stehenden Subklassen befinden.⁸

Gemäss den erläuternden Erklärungen zur provCPC umfasst die Gruppe 811 «*services relating to obtaining and redistributing funds other than for the purpose of insurance or pension funding*». Allerdings lässt sich ein Kreditlinienvertrag (oder die unter diesem erfolgende Gewährung von Kredittranchen) nicht zwanglos einer der in der Gruppe 811

⁴ Vgl. BEYELER, Rz. 1113 f.

⁵ Vgl. BEYELER, Rz. 1049; implizit BVGer B-1773/2006 vom 25.09.2008, E. 3.4 am Schluss.

⁶ Vgl. BEYELER, Rz. 1053 f.; ferner Introduction to the provisional Central Product Classification, Ziff. 21: «*The CPC is a system of categories covering both goods and services that is both exhaustive and mutually exclusive.*»

⁷ Vgl. BEYELER, Rz. 1052.

⁸ Vgl. BEYELER, Rz. 1048.

enthaltenen Subklassen zuordnen – nicht einmal der Auffang-Subklasse 81199.⁹ Im Fall solcher Auslegungsschwierigkeiten können andere Versionen der CPC (oder andere anerkannte Klassifikationssysteme) hilfsweise herangezogen werden.¹⁰

Die Gruppe 811 provCPC entspricht der Gruppe 711 der aktuellen CPC-Version 2.1.¹¹ In Letzterer findet sich die Subklasse 71135 («*Non-mortgage loan services for business purposes*»), die gemäss den erläuternden Erklärungen u.a. folgende Leistungen beinhaltet: «*granting loans to [...] federal, regional and local governments [...] and other businesses; standby, commitment and other loan services including overdraft services; providing letters of credit; acceptance services, that is, agreements by a bank or other financial institution to pay a draft or a credit instrument issued by an institution*». Kreditlinienverträge fallen u.E. in diese Subklasse. Auch wenn eine entsprechende Subklasse in der provCPC nicht existiert, kann u.E. davon ausgegangen werden, dass die Leistung in die Gruppe 811 provCPC fällt¹², wobei eine genauere Zuordnung unter eine Klasse bzw. Subklasse offen bleiben kann.¹³

Somit ist das Finanzierungsgeschäft Kreditlinie u.E. grundsätzlich als Dienstleistung im Anwendungsbereich des BöB zu qualifizieren. Unterhalb des für Dienstleistungen anwendbaren Schwellenwerts gemäss Art. 6 BöB bzw. von Art. 2a VöB gilt sodann das 3. Kapitel der VöB.

c) Qualifikation des Finanzierungsgeschäftes Anleihen

Mittels des Finanzierungsgeschäftes Anleihen sollen Anleiheobligationen ausgegeben werden, die unter die Ausnahmebestimmung von Anhang Ia Abschnitt A Ziff. 6 VöB

⁹ Die **Klasse 8111** («*Services of monetary intermediaries*») enthält klarerweise keine Subklasse, welche die Kreditvergabe beinhaltet. Die **Klasse 8113** («*Other credit granting services*») beinhaltet zwar die Subklasse 81139 («*Other credit services*»), gemäss den erläuternden Erklärungen umfasst jene Klasse jedoch nur «*Services consisting in granting loans by institutions not involved in monetary intermediation*» bzw. umfasst diese Subklasse nur «*Services consisting in other lending by institutions not involved in monetary intermediation*» (Hervorhebungen hinzugefügt), was die Kreditvergabe durch Finanzintermediäre wie Banken gerade ausschliesst. Die **Klasse 8119** («*Other financial intermediation services other than insurance and pension fund services*») umfasst gemäss den erläuternden Erklärungen wiederum «*Other financial intermediation services primarily concerned with distributing funds other than by making loans*» (Hervorhebung hinzugefügt) und die Auffang-Subklasse 81199 («*Intermediation services [not elsewhere classified]*») nur «*Services of financial holding companies and own-account dealing services by securities dealers*».

¹⁰ Vgl. BVGer B-1773/2006 vom 25.09.2008, E. 3.4. am Schluss; BEYELER, Rz. 1050.

¹¹ Vgl. für die Entsprechungstabelle zwischen den provCPC und den definitiven CPC-Versionen bei CPC Version 1.1, Teil 6 («*Correspondence Tables between CPC, Version 1.1 and Previous Versions*»), Abschnitt IV. («*Correspondence of Provisional CPC to CPC, Version 1.1*»), S. 413 und 531.

¹² Vgl. BEYELER, Rz. 1050 am Schluss.

¹³ Vgl. BEYELER, Rz. 1054 am Schluss.

betreffend Wertpapiere und andere Finanzinstrumente fallen. Dies gilt auch dann, wenn die Anleihen nicht als eigentliche Wertpapiere, sondern als blossе Wertrechte i.S.v. Art. 973c OR ausgestaltet werden sollen. Denn Wertrechte erfüllen dieselbe Funktion wie Wertpapiere und sind als Finanzinstrumente zu qualifizieren (vgl. auch Art. 3 FIDLEG). Die vom Bankensyndikat unter dem betreffenden Anleihenvertrag erbrachten Leistungen stellen damit zusammenhängende finanzielle Dienstleistungen dar und sind somit ebenfalls von der Ausnahmebestimmung erfasst.

Folglich ist das BöB auf das Finanzierungsgeschäft Anleihen nicht anwendbar. Allenfalls sind aber für den betreffenden Auftraggeber die Bestimmungen des 3. Kapitels der VöB zu beachten (vgl. Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VöB).

3. Ausblick: Totalrevision des BöB

Derzeit ist die Totalrevision des BöB im Parlament hängig.¹⁴ Der Gesetzesentwurf für das revidierte BöB («revBöB») sieht vor, dass sich der objektive Geltungsbereich des revBöB im Staatsvertragsbereich auf die Leistungen gemäss Anhänge 1-3 revBöB erstreckt, sofern bestimmte Schwellenwerte erreicht sind (vgl. Art. 8 Abs. 4 revBöB). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist das revBöB auf öffentliche Aufträge gemäss Anhang 5 revBöB anwendbar (vgl. Art. 8 Abs. 5 revBöB).

Die Ausnahme von Anhang 1a Abschnitt A Ziff. 6 VöB findet sich neu in Art. 10 Abs. 1 Bst. d revBöB.¹⁵ Inhaltlich wird die Ausnahmebestimmung des revBöB für die vorliegend untersuchten Finanzierungsgeschäfte keine Änderung mit sich bringen. Das Finanzierungsgeschäft Anleihen wird demnach voraussichtlich von dieser Ausnahmebestimmung erfasst werden. Jedoch sollen nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 Ingress revBöB diese Geschäfte vollständig vom Beschaffungsrecht ausgenommen werden.¹⁶ Der Vernehmlassungsentwurf für die totalrevidierte VöB enthält keine Regelung wie sie heute in Art. 32 ff. VöB besteht, da das revBöB neu auch den Nichtstaatsvertragsbereich regeln wird. Deshalb ist anzunehmen, dass die betreffenden Geschäfte (wie z.B. das Finanzierungsgeschäft Anleihen) inskünftig gänzlich vergaberechtsfrei beschafft werden können, wohingegen heute für solche Geschäfte immerhin die Art. 32 ff. VöB zu beachten sind.

Nach Anhang 3 Abschnitt 1 Ziff. 9 revBöB sind «*Versicherungs-, Bank- und Anlagendienstleistungen mit Ausnahme von Wertpapiergeschäften oder Geschäften mit anderen*

¹⁴ Geschäft 17.019 (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Totalrevision).

¹⁵ Vgl. dazu auch die Botschaft, welche festhält, dass die Begriffe «*Finanzdienstleistungen*» und «*Finanzinstrumente*» in Übereinstimmung mit dem FIDLEG auszulegen sind (BBl 2017 1851 ff., S. 1904).

¹⁶ Vgl. auch die Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2017 1851 ff., S. 1903, 1907 und 1925.

Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken» Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich. Dabei wird auf «*Teil von 81, 812 814*» der provCPC verwiesen. Darüber, wie «*Teil von*» hier zu verstehen ist, schweigt sich die Botschaft aus. Es ist anzunehmen, dass der Verweis diejenigen Referenznummern der provCPC ausklammern will, welche die ausgenommenen Dienstleistungen beschreiben (z.B.: «*8111 Central bank deposit services*» usw.). Entsprechend wird das revBöB hinsichtlich der objektiven Anwendbarkeit für das Finanzierungsgeschäft Kreditlinien voraussichtlich keine Änderung mit sich bringen, weshalb dieses wohl als Dienstleistung im Anwendungsbereich des revBöB qualifizieren wird.

C. Fazit

Weil der Katalog von Finanzdienstleistungen, auf welche das BöB anwendbar ist, nicht umfassend ist und die für die Bestimmung der erfassten Dienstleistungen angegebenen Referenznummern der provCPC ausserdem auslegungsbedürftig sind, muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein bestimmtes Finanzierungsgeschäft vom Geltungsbereich des BöB erfasst ist oder nicht.

So ergibt sich für das untersuchte Finanzierungsgeschäft Anleihen, dass es dem BöB nicht untersteht (evtl. aber dem 3. Kapitel der VöB), wohingegen das Finanzierungsgeschäft Kreditlinie dem BöB grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich der übrigen Voraussetzungen, wie namentlich des einschlägigen Schwellenwerts) untersteht.

An diesem Ergebnis wird sich voraussichtlich auch unter dem revBöB nichts ändern. Allerdings wird das Finanzierungsgeschäft Anleihen unter dem revBöB wohl ohne jede Unterstellung unter das Vergaberecht beschafft werden können.

II. Unterstellung von Vergaben betreffend das Finanzvermögen unter das Beschaffungsrecht

A. Problemstellung

Der Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts, den öffentlichen Auftraggeber zu einer effizienten Mittelverwendung und zur Gleichbehandlung der Anbieter zu zwingen (vgl. vorne, Einleitung), dient sowohl dem öffentlichen Interesse am wirtschaftlichen Umgang mit staatlichen Ressourcen als auch dem privaten Interesse der Anbieter an fairen Wettbewerbsverhältnissen.

Bis heute nicht restlos geklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob Rechtsgeschäfte eines Gemeinwesens nur dann dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, wenn das Rechtsgeschäft seinerseits der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Diese einschränkende Sichtweise könnte bedeuten, dass insbesondere Geschäfte des Bundes und der Kantone zur Bewirtschaftung ihrer jeweiligen Finanzvermögen bzw. zwecks rein kommerzieller Betätigung (Stichwort «staatliche Wirtschaftstätigkeit») nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen würden.¹⁷

B. Rechtliche Analyse

1. Gesetzliche Grundlagen

Die einschlägigen internationalen Verträge, das BöB, die VöB, das BGBM sowie die IVöB enthalten allesamt keine Definition des Begriffs «öffentlicher Auftrag». Jedoch lassen sich diesen gesetzlichen Grundlagen einige Hinweise zur Erschliessung der Bedeutung dieses Begriffs entnehmen.

Das GPA sieht in seinem Art. I Abs. 2 vor, dass es auf jede Beschaffung *«durch vertragliche Methoden, einschliesslich Kauf oder Leasing, Miete oder Miete-Kauf, mit oder ohne Kaufoption»* Anwendung findet, was *«auch für Beschaffungen von Kombinationen von Waren und Dienstleistungen»* gilt. Ausserdem muss es sich bei der Vergabestelle um eine staatliche Stelle oder eine andere Einheit handeln, die in Anhang I Annexe 1-3 aufgeführt ist.

Gemäss dessen Art. 1 Abs. 1 Bst. a soll das BöB *«das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten»*. Nach Art. 5 Abs. 1 BöB wird (i) ein Lieferauftrag als *«Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf»*, (ii) ein Dienstleistungsauftrag als *«Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang I Annex 4 des GPA»* und (iii) ein Bauauftrag als *«Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA»* definiert.

¹⁷ Die weiterführenden Fragen, ob diesfalls immerhin noch die Garantien von Art. 9 BGBM bzw. der Schutz durch die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV Wirkung entfalten, können hier nicht weiter vertieft werden.

Die IVöB bezweckt die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen der Kantone und Gemeinden (vgl. Art. 1 Abs. 1 IVöB). Sie ist im Staatsvertragsbereich anwendbar auf die in den Staatsverträgen definierten Aufträge, insbesondere (i) Bauaufträge über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten, (ii) Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf, und (iii) Dienstleistungsaufträge (vgl. Art. 6 Abs. 1 IVöB). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist die IVöB anwendbar auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen (vgl. Art. 6 Abs. 2 IVöB).

Aus diesen gesetzlichen Grundlagen geht hervor, dass ihnen ein sehr weites Verständnis des Begriffs «öffentlicher Auftrag» zugrunde liegt. Dieser wird im Wesentlichen durch folgende Elemente charakterisiert: Der Abschluss eines Vertrags durch eine staatliche Stelle sowie die Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen durch ein privates Unternehmen (vgl. auch vorne, I.B.1.).¹⁸ Die erwähnten Gesetzestexte beziehen sich nicht auf eine «öffentliche Aufgabenerfüllung» oder setzen eine solche voraus.

Dass der Begriff der öffentlichen Beschaffung durch die geltenden gesetzlichen Grundlagen sehr weit verstanden wird, bestätigen u.E. im Übrigen auch die Bestrebungen zur Totalrevision der IVöB («**revIVöB**»). Denn in der revIVöB soll ein öffentlicher Auftrag neu als «*ein zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Anbietern zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe geschlossener Vertrag*» definiert werden (Art. 8 Abs. 1 revIVöB; Hervorhebung hinzugefügt). Dieselbe Neuerung soll auch das revBöB bringen: «*Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient*» (Art. 8 Abs. 1 revBöB; Hervorhebung hinzugefügt). Dass die Beschaffungen nach der revIVöB und dem revBöB fortan an die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebunden sind, muss als eine Einschränkung gegenüber dem geltenden Recht erachtet werden.¹⁹

Etienne POLTIER hat dazu treffend bemerkt, «[qu']il est difficile d'affirmer, contrairement à ce que ces textes [révisés] laissent entendre, que cette solution, retenue désormais dans les projets, reposait déjà sur le droit positif tel qu'interprété par la jurisprudence antérieure. Au contraire, l'assujettissement au droit des marchés publics n'était pas lié jusqu'ici à l'exécution d'une tâche publique au sens étroit du terme, mais bien plutôt dans une **acception extrêmement large**».²⁰

¹⁸ Vgl. BELLANGER/BOVET, S. 164.

¹⁹ Vgl. POLTIER, révision, Überschrift zum Abschnitt II.A und Rz. 20.

²⁰ Vgl. POLTIER, révision, Rz. 8 (Hervorhebung hinzugefügt).

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung definiert das öffentliche Beschaffungswesen als die Gesamtheit der (privatrechtlichen) Verträge, die von den Behörden mit (privaten) Submittenten über den Erwerb von Lieferungen, Bauwerken oder Dienstleistungen geschlossen werden.²¹ Nach dieser Definition wird der Begriff des öffentlichen Auftrags dadurch gekennzeichnet, dass das Gemeinwesen als Nachfrager Produkte oder Dienstleistungen erwirbt, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.²² Dabei kommt es nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auch auf eine funktionale Betrachtung an. Denn die Anwendung des Vergaberechts soll nicht durch Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden können. Auch bei einer funktionalen Betrachtungsweise des Begriffs des öffentlichen Auftrags ist es aber stets Voraussetzung, dass das Gemeinwesen mit dem bietenden Unternehmen einen *synallagmatischen* Vertrag im weiten Sinne abschliesst.²³

Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung Folgendes fest: *«Nun muss der Begriff der öffentlichen Aufgabe weit definiert werden, und er umfasst alle Tätigkeiten, die ein öffentliches Interesse unterstützen, ohne notwendigerweise selbst eigentliche öffentliche Aufgaben zu sein»*.²⁴

So erachtet das Bundesgericht beispielsweise die Einrichtung eines Fahrradselbstverleihs als Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Behörde, welche die Konzession für diesen erteilt. Denn diese Leistung bezwecke, die sanfte Mobilität der Stadt zu fördern, um vor allem die mit dem motorisierten Verkehr verbundenen Immissionen zu begrenzen.²⁵

Nach der Auffassung des Bundesgerichts, *«[c]onstitue une tâche publique l'activité administrative destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général. Il ne suffit pas toutefois qu'une loi qualifie une tâche de publique pour que celle-ci le soit; inversement, une loi cantonale est sans portée si elle considère comme privés des biens, qui, servant à accomplir une tâche publique, appartiennent manifestement au patrimoine administratif»*.²⁶

²¹ Vgl. BGE 141 II 113 (= Pra 105 [2016] Nr. 36), E. 1.2.1.

²² Vgl. BGE 141 II 113 (= Pra 105 [2016] Nr. 36), E. 1.2.1; ferner BGer 2C_198/2012 vom 16.10.2012, E. 5.1; KGer-AG WBE.2014.187, in: AGVE 2014 Nr. 35 und Baurecht 2016 S. 42.

²³ Vgl. BGE 141 II 113 (= Pra 105 [2016] Nr. 36), E. 1.2.1; BGer 2C_198/2012 vom 16.10.2012, E. 5.1.2; BGE 135 II 49, E. 4.2; BGE 125 I 209, E. 6b.

²⁴ BGE 135 II 49 (= Pra 98 [2009] Nr. 75), E. 5.2.2 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. ferner BGer 2C_198/2012 vom 16.10.2012, E. 5.2.3.

²⁵ Vgl. BGE 135 II 49 (= Pra 98 [2009] Nr. 75), E. 5.2.2.

²⁶ Vgl. BGer 5A_87/2011 vom 15.06.2011, E. 2.3.2 (Hervorhebungen hinzugefügt).

Des Weiteren hat das Bundesgericht präzisiert, dass die Natur der zu erfüllenden Aufgaben kein absolutes Kriterium darstellt, da die Grenze zwischen öffentlichen und privaten Aufgaben nicht immer leicht zu ziehen sei.²⁷

Nach einem kantonalen Entscheid muss alles, was von einer Behörde im öffentlichen Interesse durchgeführt wird, als eine öffentliche Aufgabe im Sinne des Beschaffungsrechts und ein in diesem Zusammenhang getätigter Einkauf als öffentliche Beschaffung erachtet werden.²⁸

3. Lehre

Die Lehre teilt die Auffassung der Gerichte, dass der Begriff der öffentlichen Beschaffung für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Beschaffungsrechts weit ausulegen ist. Demnach liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn eine Vergabestelle im öffentlichen Interesse, namentlich zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, gegen Entgelt Lieferungen oder Dienstleistungen von privaten Anbietern erwirbt (vgl. zur Definition des öffentlichen Auftrags bereits vorne, I.B.2.a).²⁹ Verschiedene Autoren scheinen das Element der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe indessen zu einem notwendigen Begriffsmerkmal des öffentlichen Auftrags zu erheben, ohne sich dazu weiter zu äussern.³⁰

Vertiefte Überlegungen zum Erfordernis der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hat BEYELER angestellt. Er bemerkt, dass der Begriff der öffentlichen Aufgabe in der schweizerischen Rechtsordnung keine limitierende Funktion mit Bezug auf die Frage hat, was sich der Staat zur eigenen Aufgabe machen dürfe. Eine objektive Unterscheidung von öffentlichen und nichtöffentlichen Aufgaben gibt es gemäss BEYELER nicht, und jedes Gemeinwesen ist – unter Beachtung gegenseitiger Kompetenzabgrenzungen – weitgehend frei, eine bestimmte Tätigkeit als öffentliche Aufgabe zu wählen oder sich aus dem entsprechenden Bereich zurückzuziehen. Daraus folgt, dass der Begriff der öffentlichen Aufgabe äusserst breit ist: Praktisch alles, was ein Gemeinwesen tut, kann – direkt oder indirekt – sachlich der Erfüllung zumindest einer öffentlichen Aufgabe zugeordnet werden. So ist öffentliche Aufgabe nicht nur, was ein Staat unbedingt zu erledigen hat (sog. Kernaufgaben), sondern darüber hinaus auch praktisch alles, was der Staat sich selber als weitere Aufgabe zuteilt – auch wenn er auf die Erfüllung dieser Aufgaben allenfalls auch verzichten könnte. Dazu kommt, dass für die Zuordnung einer bestimmten Tätigkeit zum Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht erforderlich ist, dass

²⁷ Vgl. BGE 125 I 209 (= Pra 89 [2000] Nr. 149), E. 6. b).

²⁸ Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 16.12.2014, U 13 101, E. 2e.

²⁹ Vgl. BEYELER, Rz. 604 und 620 (zum herkömmlichen Begriff) sowie 632 (zum funktionalen Begriff); BELLANGER, S. 175 Rz. 20; TRÜEB, Rz. 25.52.

³⁰ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 178; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 6; JÄGER, S. 818 Rz. 29.

diese Tätigkeit gesetzlich vorgeschrieben oder vorgesehen wäre. Es wäre zu eng, nur gerade das als öffentliche Aufgabe anzunehmen, was ausdrücklich als staatliche Tätigkeit definiert ist. Die gesetzlichen Umschreibungen öffentlicher Aufgaben sind vielfach sehr abstrakt und offen gehalten. Es ist darum ausgeschlossen, die Qualifikation eines Geschäfts als öffentlichen Auftrag allein deswegen zu verneinen, weil die Aufgabe, derentwegen das Geschäft veranlasst wird, nicht als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren wäre. Denn im Zweifel ist das, was durch öffentliche Stellen im öffentlichen Interesse unternommen wird, als öffentliche Aufgabe zu betrachten.³¹

Deshalb kommt dem Element der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen des Begriffs des öffentlichen Auftrags faktisch kein eigenes Gewicht zu.³² Das bedeutet gemäss POLTIER, dass «*l'État, lorsqu'il acquiert des prestations dans le cadre d'un marché public, vise à obtenir une prestation pour lui permettre d'exécuter une tâche publique ou, à tout le moins, pour satisfaire un **objectif d'intérêt public***».³³

Aus dem vorstehend Ausgeführten folgt u.E., dass auch Verträge, welche das Gemeinwesen zwecks Verwaltung seines Finanzvermögens abschliesst, in objektiver Hinsicht dem Beschaffungsrecht zu unterstellen sind. Diese Sichtweise wird in der Lehre durchaus überzeugend auch damit begründet, dass das Gemeinwesen auch in diesem Bereich letztlich nicht oder zumindest nicht ausreichend dem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und deshalb keine Gewähr dafür besteht, dass es das wirtschaftlich günstigste Angebot auswählt (etwa weil politischem Druck nachgegeben wird oder sachfremde Interessen berücksichtigt werden, was zu Quersubventionierungen führt).³⁴ Insbesondere führen weder die Marktteilnahme noch die Gewinnstrebigkeit bei den fraglichen Tätigkeiten ohne Weiteres dazu, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber dem Druck des Wettbewerbs unterworfen wäre. Daher muss das Beschaffungsrecht auch auf Geschäfte zur Verwaltung des Finanzvermögens anwendbar sein, selbst wenn dabei kein direkter Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe besteht.³⁵

Darüber hinaus wird in der Lehre zu Recht auch geltend gemacht, dass die Zuordnung eines Vermögenswerts zum Finanz- oder Verwaltungsvermögen keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts haben darf.³⁶ In der Tat bezweckt sowohl das BöB (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB) wie auch die IVöB (vgl. Art. 1 Abs. 3 Bst. d IVöB) den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel. Da sowohl Finanz- als auch Verwal-

³¹ Vgl. BEYELER, Rz. 677-681.

³² Vgl. BEYELER, Rz. 676.

³³ POLTIER, marchés publics, Rz. 166 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁴ POLTIER, marchés publics, Rz. 166; BEYELER, Rz. 686; letztlich offen lassend RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 15.

³⁵ Vgl. BEYELER, Rz. 686 f.

³⁶ Vgl. BOVET, S. 66.

tungsvermögen öffentliche Mittel sind,³⁷ wäre es unter diesem Aspekt inkonsequent, die Verwaltung der einen Vermögenssphäre des Staates vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts auszunehmen, obwohl keineswegs sichergestellt ist, dass dort in Abwesenheit der Regeln des Beschaffungsrechts Wettbewerbsdruck zu wirtschaftlichem Mitteleinsatz führen würde.

4. **Ausblick: Totalrevision des BöB**

Wie vorne dargelegt (vgl. II.B.1.), soll gemäss Art. 8 Abs. 1 revBöB die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe inskünftig zum expliziten Begriffsmerkmal des öffentlichen Auftrags gemacht werden. Ferner soll nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a revBöB das Gesetz keine Anwendung finden auf *«die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf oder im Hinblick auf die Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Leistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf»*.³⁸

Diese Bestimmungen führen zum Schluss, dass Geschäfte des Bundes zur Bewirtschaftung seines Finanzvermögens bzw. zwecks rein kommerzieller Betätigung unter dem revBöB wohl von dessen Geltungsbereich ausgenommen wären. Zur letztgenannten Bestimmung hält die Botschaft allerdings fest, dass gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf Veräusserung unter Wettbewerbsbedingungen bedeutet. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt Sorge dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolge.³⁹ Demnach ist für den Gesetzgeber klar, dass Leistungen grundsätzlich nur dort vergaberechtsfrei sollen beschafft werden dürfen, wo genügender Wettbewerbsdruck besteht. Dies würde einen gewissen Argumentationsspielraum eröffnen, wonach eine Unterstellung von Geschäften zur Bewirtschaftung des Finanzvermögens unter das Beschaffungsrecht zumindest einzelfallweise geprüft werden müsste.

C. **Fazit**

Der Wortlaut der einschlägigen Normen, die Rechtsprechung und die Lehre sprechen dafür, dass bei der Frage des Vorliegens eines öffentlichen Auftrags die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe kein eigenständiges Kriterium darstellt. Nach geltendem Recht soll

³⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2199 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 11.

³⁸ So auch Art. II Ziff. 2 (a)(ii) revGPA, wonach vom Anwendungsbereich des Abkommens *«goods, services, or any combination thereof»* erfasst sind, die *«not procured with a view to commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale»* sind.

³⁹ Vgl. Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2017 1851 ff., S. 1903.

die Erfüllung öffentlicher Aufgaben also kein entscheidendes Element für die Qualifikation eines Geschäfts als öffentlichen Auftrag sein.

Der objektive Geltungsbereich des Beschaffungsrechts sollte sich nicht nur auf öffentliche Aufgaben im engeren Sinne, sondern auf alle Tätigkeiten erstrecken, die im öffentlichen Interesse erfolgen. Da gemäss Art. 5 Abs. 2 BV alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse zu liegen hat, muss auch die Verwaltung des Finanzvermögens im öffentlichen Interesse erfolgen. Auch Geschäfte, die im Zusammenhang mit der Verwaltung des Finanzvermögens getätigt werden, sind dem Beschaffungsrecht zu unterstellen.

Dafür spricht auch, dass das Beschaffungsrecht den wirtschaftlichen Einsatz von öffentlichen Mitteln bezweckt. Weil auch Finanzvermögen öffentliche Mittel sind, ist nicht einsehbar, weshalb Geschäfte zur Verwaltung desselben vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sein sollen.

Die Totalrevisionen des BöB und der IVöB, deren Revisionsentwürfe die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ausdrücklich zu einem Begriffsmerkmal des öffentlichen Auftrags machen, würden wohl dazu führen, dass die Rechtslage nach deren Inkrafttreten anders zu beurteilen wäre. Aufgrund der vorliegend für eine Unterstellung solcher Geschäfte angeführten Argumente sollte u.E. jedoch auf eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs des BöB verzichtet werden.

Literaturverzeichnis

- BELLANGER François, *Marchés publics et concessions?*, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012 / Marchés Publics 2012*, Zürich 2012, S. 167 ff.
- BELLANGER François / BOVET Christian, *Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage?*, in: *Baurecht 1999*, S. 164 ff.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich/Basel/Genf 2012.
- BOVET Christian, *Marchés publics et patrimoine financier – Le fait que l'on soit en présence d'un élément du patrimoine administratif ou du patrimoine financier d'un pouvoir adjudicateur détermine-t-il l'application de la réglementation sur les marchés publics?*, in: *Baurecht 2002* Nr. 2, S. 66 ff.
- GALLI Peter / MOSER André / LANG Elisabeth / STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016.
- JÄGER Christoph, in: Feller/Müller (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Bern 2013.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Bern 2014 (zit.: marchés publics).
- POLTIER Etienne, *Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours*, *Jusletter* 18. Mai 2015 (zit.: révision).

RHINOW René / SCHMID Gerhard / BIAGGINI Giovanni / UHLMANN Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage, Basel 2011.

TRÜEB Hans Rudolf, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015.

TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage Bern 2014.

Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform

Inhalt	Seite
I. Einleitung	745
II. Beschränkte Relevanz der Fragestellung	747
III. Grundrechtsberechtigung von GUSUP	750
IV. Grundrechtsverpflichtung von GUSUP	752
A. Allgemeines	752
B. Gründung einer GUSUP/Beteiligung an einer solchen	753
C. Grundrechtsbindung von GUSUP bei Erfüllung staatlicher Aufgaben?	755
1. Besteht Grundrechtsbindung?	755
2. Was bedeutet Grundrechtsbindung konkret?	758
D. Grundrechtsbindung von GUSUP ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben?	760
V. Schlussfolgerungen	763
Literaturverzeichnis	764

I. Einleitung

Der Jubilar hat den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen seine Dissertation gewidmet,¹ die ich als junger Jurist in meiner ersten Stelle in der Bundesverwaltung mit viel Gewinn benutzt habe – Grund genug, den Kreis zu schliessen und zu versuchen, dem Jubilar einen kleinen Beitrag zurückzugeben.

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen und staatliche Unternehmen in Privatrechtsform (im Folgenden: GUSUP) gibt es in der Schweiz seit langem, namentlich im Bereich der

* Bundesrichter, Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung.

¹ POLTIER, passim.

Energiewirtschaft,² der Transportbetriebe, der Banken,³ aber auch in anderen Bereichen.⁴ Seit den 1990er-Jahren wurden vermehrt bisher öffentlich-rechtlich geregelte staatliche Anstalten und Betriebe in die Form der Aktiengesellschaft überführt mit dem Gemeinwesen als teilweisem oder ausschliesslichem Aktionär (formale Privatisierung). Das Privatrecht sieht solche Unternehmen ausdrücklich vor⁵ und enthält besondere Regeln für ihre Willensbildung und die Haftung.⁶

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wurde die «Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung» schon früh kritisiert, wesentlich mit der Argumentation, der Staat greife dadurch in verfassungswidriger Weise in die privatwirtschaftliche Tätigkeit ein.⁷ Am Schweizerischen Juristentag von 1953 hat Leo Schürmann Grundlegendes zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung geleistet.⁸ Seit den 1980er-Jahren werden in der öffentlich-rechtlichen Diskussion unter massgeblicher Beteiligung des Jubilars die GUSUP wieder intensiver diskutiert, z.B. die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beteiligung des Staates an einer privatrechtlichen Körperschaft überhaupt zulässig ist,⁹ ob und in welcher Bestimmtheit sie einer gesetzlichen Grundlage bedarf,¹⁰ ob sie dem staatlichen Finanzhaushaltsrecht und namentlich dem Finanzreferendum untersteht,¹¹ ob und wie sie auf dem Wege des Privatrechts handeln kann,¹² ob sie der politischen Aufsicht untersteht¹³ oder ob auf dem Wege der politischen Willensbildung Einfluss genommen werden kann auf das Verhalten der staatlichen Vertreter in den Organen der Unternehmung.¹⁴

Mit der stärkeren Betonung der Grundrechte in der staatsrechtlichen Diskussion der letzten Jahrzehnte und mit der Aufnahme von Art. 35 Abs. 2 in der BV von 1999 stellt sich zunehmend einerseits die Frage, ob gemischtwirtschaftliche Unternehmen Grund-

² BGE 142 I 99 E. 4.3.6, m.H.; Vgl. z.B. JÜNGLING, WEBER.

³ Vgl. ERB, passim.

⁴ Einige frühe Beispiele bei GERBER, passim; ERB, S. 27 ff.

⁵ Art. 59 Abs. 2 ZGB.

⁶ Art. 762 OR für die Aktiengesellschaft, Art. 926 OR für die Genossenschaft.

⁷ HEUSSER, passim.

⁸ SCHÜRMAN, passim.

⁹ Z.B. JAAG, passim; VOGEL, S. 93 ff.

¹⁰ POLTIER, S. 257 ff.; KRÄHENMANN, S. 198 ff.

¹¹ POLTIER, S. 264 ff.

¹² KNAPP, passim.

¹³ Vgl. z.B. bzgl. Kantonalbanken BEELI, S. 106 ff., 150 ff.

¹⁴ Dazu POLTIER, S. 274 ff.; BUOB, S. 135 ff.; Urteil 1C_22/2010 vom 6.10.2010 E. 3.

rechtsträger sind und andererseits, ob sie selber grundrechtsverpflichtet sind. Das Thema ist in der Literatur sehr häufig und kontrovers diskutiert worden.¹⁵

Der vorliegende Beitrag geht bewusst nicht auf die Literaturmeinungen ein, sondern versucht, die zu diesen Fragen ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts darzulegen und zu systematisieren.

II. Beschränkte Relevanz der Fragestellung

GUSUP sind Privatrechtssubjekte und unterstehen als solche grundsätzlich dem Privatrecht,¹⁶ ausser wenn ihnen eine besondere gesetzliche Regelung öffentliche Aufgaben überträgt und sie ausdrücklich oder implizit zu hoheitlichem Handeln, namentlich zum Erlass von Verfügungen ermächtigt. Insbesondere unterliegen die Rechtsbeziehungen einer Aktiengesellschaft zu privaten Dritten den Regeln des Privatrechts, auch wenn es sich um eine gemischt-wirtschaftliche Unternehmung im Sinne von Art. 762 OR handelt.¹⁷ Handelt sie privatrechtlich, sind ihre Handlungen keine Hoheitsakte und unterliegen grundsätzlich nicht dem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz.¹⁸ Ihr Handeln unterliegt im Streitfall den zivilprozessualen Rechtswegen und landet auch auf diesem Wege gegebenenfalls vor dem Bundesgericht.

Schon aus prozessualen Gründen ist daher eine entscheidende Weichenstellung, ob GUSUP hoheitlich tätig sind oder nicht. Diese prozessuale Trennlinie schlägt sich auch inhaltlich nieder: In privatrechtlichen Verhältnissen wird primär Privatrecht angewendet, die Grundrechte unmittelbar nur in den seltenen Fällen der direkten Drittwirkung.

Das heisst allerdings nicht, dass deshalb die grundrechtlichen Anliegen im Privatrecht nicht zur Geltung kämen: Die öffentlich-rechtliche Diskussion vergisst oft, dass es seit je die Aufgabe des Privat- und Strafrechts war, im Verhältnis zwischen Privaten die Grundrechte zu schützen, schon lange bevor man überhaupt den Begriff der Grundrechte oder der Drittwirkung kannte. So schützen im Verhältnis zwischen Privaten der privat- und strafrechtliche Eigentumsschutz die Eigentumsgarantie, der privat- und strafrechtliche Persönlichkeitsschutz das Grundrecht auf Privatsphäre, Art. 261 StGB die Religionsfrei-

¹⁵ Statt vieler: BIAGGINI, passim; HÄSLER, passim; MÜLLER, S. 356 ff., 373; HANGARTNER, passim; SALADIN, passim; STÄMPFLI, S. 167 ff.; SCHLATTER, S. 57 ff., 113 ff.; 135 ff.; zuletzt eingehend: DÉFAGO GAUDIN, passim, m.w.H.

¹⁶ Urteile 2C_966/2018 vom 29.1.2019 E. 3.4 und 3.5; 1C_605/2014 vom 6.7.2015 E. 2.2; 1C_22/2010 vom 6.10.2010 E. 3.3.2 (ZBI 112/2011 S. 266).

¹⁷ BGE 126 I 250 E. 2c.

¹⁸ BGE 126 I 250 E. 2a (Basler Mustermesse).

heit. Das Datenschutzgesetz gilt auch im Verhältnis zwischen Privaten¹⁹ und verwirklicht insoweit den grundrechtlichen Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 Abs. 2 BV). Da das GUSUP in privatrechtlicher Form auftritt, genießt es wie andere Private diesen Rechtsschutz²⁰ gegenüber anderen Privaten wie auch gegenüber dem Staat. Dasselbe gilt im Ergebnis, wenn spezialgesetzliche Bestimmungen Eigentumsfragen regeln. So enthält das Stromversorgungsrecht Bestimmungen über das Eigentum an den Übertragungsnetzen.²¹ Die betroffenen GUSUP können die richtige Anwendung des Gesetzes und damit auch Schutz ihres Eigentums geltend machen.²² Ebenso ist klar, dass die GUSUP in allen Verfahren vor Behörden und Gerichten die prozessualen Grundrechte (Art. 29-30 BV) geniessen, schon nur deshalb weil in diesen Verfahren die einschlägigen Prozessordnungen anwendbar sind, welche diese Grundrechte konkretisieren.

Umgekehrt müssen die GUSUP selbstverständlich selber die Zivil- und Strafrechtsordnung gegenüber anderen Privaten einhalten und damit im Ergebnis deren Grundrechte respektieren, unabhängig von der grundrechtsdogmatischen Frage einer Grundrechtsbindung.

Die Privatrechtsordnung erlaubt einem privaten Unternehmen grundsätzlich privatautonomes Handeln und gibt ihm dadurch die Möglichkeit, nach eigenem Gutdünken mit anderen Privaten in Geschäftsbeziehungen zu treten oder eben nicht, und seine Verträge frei auszuhandeln. Die Diskussion um die Grundrechtsbindung von GUSUP entzündet sich häufig an der Gegenüberstellung von Wirtschaftsfreiheit bzw. Privatautonomie des Unternehmens einerseits und Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Diskriminierungsverbot usw. andererseits.

Auch in dieser Beziehung ist daran zu erinnern, dass Private in ihrem Geschäftsgebaren ebenfalls nicht völlig frei sind, sondern vielfältigen gesetzlichen Regelungen unterliegen, welche Willkürfreiheit, Rechtsgleichheit oder sonstige Verfassungsrechte auch in privaten Verhältnissen zur Geltung bringen: Das Arbeitsrecht verbietet missbräuchliche Kündigungen, wobei Missbräuchlichkeit u.a. vorliegt, wenn die Kündigung erfolgt, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt.²³ Das Gleichstellungsgesetz verbietet geschlechtsspezifische Lohnunterschiede oder andere geschlechtsdiskriminierende

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. a und Art. 12 ff. Datenschutzgesetz vom 19.6.1992 (DSG; SR 235.1).

²⁰ BGE 108 IV 21 E. 2: Einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, die nach den Bestimmungen des Obligationenrechts strukturiert ist, steht der strafrechtliche Schutz der Ehre zu. BGE 144 II 77 E. 5.3 und 5.4: Auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen haben Anspruch auf Datenschutz.

²¹ Art. 18 Abs. 1 und 2 sowie Art. 33 Abs. 4 und 5 Stromversorgungsgesetz vom 23.3.2007 (StromVG; SR 734.7).

²² Vgl. z.B. BGE 138 II 465 E. 7: Rüge der Verletzung der Eigentumsgarantie wird anhand der richtigen Anwendung des Gesetzes geprüft.

²³ Art. 336 Abs. 1 lit. b OR; dazu BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 701 ff.; Urteil 4A_432/2009 vom 10.11.2009 E. 2.2 und 2.3.

Behandlungen der Arbeitnehmer,²⁴ Art. 261^{bis} StGB die rassistisch motivierte Verweigerung allgemein angebotener Leistungen. Das Kartellrecht setzt Schranken beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.²⁵

Zahlreiche spezialgesetzliche Regelungen – vor allem im Bereich der Versorgungsdienstleistungen – statuieren darüber hinaus eine Lieferpflicht und die Pflicht zur rechtsgleichen Behandlung: Das Postrecht verpflichtet die Anbieterinnen von Postdiensten zu einem diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Leistungen.²⁶ Das Stromversorgungsrecht schreibt den Verteilnetzbetreibern in der Grundversorgung eine Lieferpflicht zu einheitlichen Tarifen vor²⁷ und im Bereich des Netzzugangs eine diskriminierungsfreie Gewährung desselben.²⁸ Das Personenbeförderungsrecht statuiert für die konzessionierten Transportunternehmen eine Transportpflicht.²⁹ Das Submissionsrecht will in seinem Geltungsbereich, der auch sektorspezifische private Unternehmen sowie staatsnahe Unternehmen in Privatrechtsform³⁰ umfasst, Transparenz, Rechtsgleichheit und Willkürfreiheit in der Vergabe öffentlicher Aufträge sicherstellen. Durch all diese gesetzlichen Bestimmungen sind GUSUP wie alle anderen Privaten sowohl verpflichtet als auch berechtigt.

Den Rügen der Grundrechtsverletzung kommt neben der richtigen Anwendung solcher Gesetze keine selbständige Bedeutung zu, jedenfalls wenn es sich um Bundesgesetze handelt, welche gemäss Art. 190 BV den Inhalt der Grundrechte verbindlich konkretisieren. In all diesen Fällen ist die Frage nach der Grundrechtsträgerschaft oder Grundrechtsbindung praktisch bedeutungslos.³¹ Sie hat auch abgesehen von Art. 190 BV eine praktische Bedeutung nur dann, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte würden inhaltlich über die privatrechtlichen Schranken oder die spezialgesetzlichen Regelungen hinaus gehen und zu einem anderen Ergebnis führen als die einschlägige gesetzliche Regelung.

²⁴ Art. 3 und 5 Gleichstellungsgesetz vom 24.3.1995 (GIG; SR 151.1).

²⁵ Art. 7 Kartellgesetz vom 6.10.1995 (KG; SR 251).

²⁶ Art. 5 Postgesetz vom 17.12.2010 (PG; SR 783.0).

²⁷ Art. 6 Abs. 1 und 3 StromVG.

²⁸ Art. 5 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 StromVG; BGE 143 I 395 E. 4.4.

²⁹ Art. 12 Personenbeförderungsgesetz vom 20.3.2009 (PBG; SR 745.1).

³⁰ Art. 8 IVöB; Übereinkommen vom 15.4.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) Anhang 1 Annex 3 Fussnoten 1 und 2; vgl. BGE 145 II 49.

³¹ Vgl. BGE 139 II 185 E. 8.1 (BKW): Den Rügen der Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit kommt neben der richtigen Anwendung des Kernenergiegesetzes keine Bedeutung zu.

III. Grundrechtsberechtigung von GUSUP

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Gemeinwesen als Inhaber hoheitlicher Gewalt grundsätzlich nicht Träger verfassungsmässiger Rechte,³² abgesehen von der Garantie der Gemeindeautonomie (Art. 50 BV).³³ Ebenso sind mit öffentlichen Aufgaben betraute Personen bzw. Hoheitsträger in Bezug auf die Wahrnehmung dieser öffentlichen Aufgabe nicht grundrechtsberechtigt,³⁴ ausser wenn sie sich gegen die Übertragung (weiterer) öffentlicher Aufgaben wehren wollen.³⁵

Gemeinwesen selber sowie öffentlich-rechtliche juristische Personen sind hingegen dann Grundrechtsträger, wenn sie nicht hoheitlich handeln, sondern sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonstwie als dem Bürger gleichgeordnete Rechtssubjekte auftreten und durch einen staatlichen Akt wie Private betroffen sind.³⁶

Das gilt umso mehr auch für GUSUP, jedenfalls wenn ihnen das Gemeinwesen nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär bzw. Eigner, sondern als Regulator oder als Abgabegläubiger gegenüber tritt, gleich wie gegenüber anderen Privaten. Das Bundesgericht sieht sich selten veranlasst, das ausdrücklich zu sagen, wendet aber stillschweigend und wie selbstverständlich die Grundrechte auch auf GUSUP an.³⁷

Manchmal wird die Grundrechtsberechtigung ausdrücklich bejaht, namentlich dort, wo es darum geht, die öffentliche, hoheitliche von der grundrechtsgeschützten nicht-hoheitlichen Tätigkeit abzugrenzen.³⁸

³² BGE 142 II 369 E. 6.2.

³³ BGE 142 II 259 E. 4.2.

³⁴ Vgl. BGE 88 I 303 E. 5b (Private, die mit der Führung des Herdebuchwesens betraut sind); BGE 112 Ia 356 E. 5a (Krankenkasse); BGE 138 I 289 E. 2.8.1 (Switch in Bezug auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben); BGE 139 I 306 E. 3.2.2 (SRG hat keine Privatautonomie); BGE 140 I 285 E. 1.2 (Behörde als Vergabestelle kann nicht Verfassungsbeschwerde erheben, ausser wegen Verletzung der Gemeindeautonomie).

³⁵ Vgl. BGE 112 Ia 356 E. 5a (Krankenkasse); 121 I 218 E. 2b (Association de l'Hôpital d'arrondissement de Sierre).

³⁶ BGE 144 II 77 E. 5.5; BGE 142 II 259 E. 4.2.

³⁷ So z.B. BGE 114 Ia 321 (Elektrizitätswerk: Willkürverbot, Rechtsgleichheit); BGE 119 Ia 390 (NAGRA: Eigentumsgarantie, Wirtschaftsfreiheit); BGE 138 II 173 E. 7 (Swisscom: Eigentumsgarantie, Wirtschaftsfreiheit); Urteile 1P.304/1994 vom 2.2.1994 (gemischtwirtschaftliche Eisenbahnunternehmung: Eigentumsgarantie); 2A.166/1997 vom 30.10.1998 E. 4 (gemischtwirtschaftliche Eisenbahnunternehmung: Treu und Glauben); 2A.527/1999 vom 3.8.2000 E. 2c/cc (gemischtwirtschaftliche Eisenbahnunternehmung: Willkürverbot, Treu und Glauben); 2C_636/2007 vom 7.4.2008 E. 3 (Kantonalbank: Eigentumsgarantie); 2C_583/2016 vom 1.12.2017 E. 4 (SBB: Rechtsgleichheit).

³⁸ S. z.B. BGE 123 II 402 E. 3a: Die SRG bzw. ihre Tochtergesellschaft «publisuisse SA» kann sich ausserhalb ihres Leistungsauftrags auf grundrechtlich geschützte Positionen – insbesondere die Wirt-

GUSUP können sich auch auf das Legalitätsprinzip berufen,³⁹ namentlich auf das spezielle abgaberechtliche Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV),⁴⁰ ebenso auf die abgaberechtlichen Grundrechte von Art. 127 Abs. 2 BV und das Äquivalenzprinzip als abgaberechtliche Konkretisierung von Art. 8 und 9 BV,⁴¹ sowie auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts.⁴²

Bisweilen wird die Grundrechtsberechtigung offen gelassen.⁴³ Die Frage ist dabei in Wirklichkeit meist die, ob eine staatliche Aufgabe vorliegt oder nicht. So hat das Bundesgericht bezweifelt, ob sich konzessionierte Transportunternehmen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen können, da es im konkreten Fall grösstenteils um Daten ging, die mit öffentlichen Aufgaben in Zusammenhang standen.⁴⁴ Ebenso hat es offen gelassen, ob sich die Swisscom als zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konzessionierte gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft bzw. angesichts eines noch immer weitgehend staatlich regulierten Fernmeldemarktes auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könne.⁴⁵ Abgesehen davon hat die Rechtsprechung aber auch den GUSUP die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zugestanden,⁴⁶ namentlich wenn sie unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt auftreten.⁴⁷

Eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit ist allerdings nicht möglich, wo ein ganzer Bereich monopolisiert und insoweit ohnehin der Wirtschaftsfreiheit entzogen ist,⁴⁸ oder

schaftsfreiheit – berufen; BGE 127 II 113 E. 9: Kantonbank kann sich auf die Rechtsgleichheit berufen, da sie nicht in öffentlicher Aufgabe handelt.

³⁹ BGE 131 II 13 E. 6; Urteil 2A.503/2000 vom 3.10.2001 E. 7a.

⁴⁰ BGE 144 II 454 (verschiedene staatlich beherrschte oder gemischtwirtschaftliche Kraftwerksgesellschaften).

⁴¹ BGE 130 I 96 nicht publ. E. 4 (SBB).

⁴² BGE 119 Ia 390 E. 5 und 6 (NAGRA); BGE 130 I 96 E. 2.3 (SBB).

⁴³ BGE 131 II 13 E. 6.4.1 (Swisscom; offen gelassen, da die angeordnete Massnahme schon unabhängig von Grundrechtseingriffen das Legalitätsprinzip verletzt); BGE 145 II 49 n. publ. E. 6.2 (von Gemeinden beherrschte Aktiengesellschaft; offen gelassen, da Wirtschaftsfreiheit jedenfalls nicht verletzt). Vgl. auch BGE 142 II 369 E. 6.3.

⁴⁴ BGE 144 II 77 E. 5.6.

⁴⁵ BGE 127 II 8 E. 4c; 131 II 13 E. 6.4.1; Urteil 2A.503/2000 vom 3.10.2001 E. 7a.

⁴⁶ BGE 138 II 173 E. 7 (Swisscom in Bezug auf Mobilfunkantennen).

⁴⁷ BGE 138 I 289 E. 2.8.1 (Switch bezüglich der unter Wettbewerbsbedingungen erbrachten Leistungen). Vgl. BGE 142 II 369 E. 6.3.2. Offen gelassen hat das Bundesgericht hingegen, ob *öffentlich-rechtliche Unternehmen* oder das wirtschaftlich tätige Gemeinwesen selber Träger der Wirtschaftsfreiheit sein kann (BGE 142 II 369 E. 6.4).

⁴⁸ BGE 125 II 293 E. 4b (Swisscom, bzgl. Monopolbereich im Fernmelderecht); BGE 142 I 99 E. 2.4 (Kraftwerksgesellschaft bzgl. Wasserkraftkonzession).

auch ohne Monopol zu einer öffentlichen Aufgabe deklariert wird: Solche Aufgaben unterstehen nicht der Wirtschaftsfreiheit.⁴⁹

Ein Sonderfall ist die SRG, die allerdings kein eigentliches GUSUP ist, sondern ein Verein mit verfassungsrechtlichem Auftrag und Teilmonopol.⁵⁰ Gemäss EGMR können sich auch mit einem öffentlichen Auftrag betraute Radio- und Fernsehanstalten auf die Meinungsfreiheit berufen. Demgemäss gewährt das Bundesgericht der SRG auch im Bereich ihres öffentlichen Auftrags bzw. Monopolbereichs den Schutz der Meinungsfreiheit gegenüber der staatlichen Programmaufsicht.⁵¹

IV. Grundrechtsverpflichtung von GUSUP

A. Allgemeines

Gelegentlich findet sich die generelle Aussage, der Staat sei an Grundrechte gebunden, auch wenn er in den Formen des Privatrechts handle.⁵² Als Belegstelle für diese Aussage werden oft zwei ältere Bundesgerichtsentscheide zitiert, die bei Lichte betrachtet aber wenig aussagekräftig sind:

In BGE 109 Ib 146 trat das Bundesgericht auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die im Zusammenhang mit der Vereinbarung zwischen der Bankiervereinigung und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) über die Sorgfaltspflicht der Banken erhoben wurde, nicht ein mit der Begründung, diese Vereinbarung haben keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. In E. 4 wurde angefügt:

«Schliesslich ist festzuhalten, dass die Nationalbank selbstverständlich auch dort, wo sie als Aktiengesellschaft privatrechtlich handelnd auftritt, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden bleibt, was zur Folge hat, dass sie in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat. Sie darf auch als Subjekt des Privatrechts insbesondere nicht rechtsungleich oder willkürlich Rechte erteilen oder Pflichten auferlegen...»

Dabei handelt es sich um ein obiter dictum, das losgelöst ist von der zu beurteilenden Frage und aus dem keine konkreten Folgerungen gezogen werden; zudem ist die Natio-

⁴⁹ BGE 140 II 112 E. 3.1.1; 140 I 130 I 26 E. 4.1; 128 I 280 E. 3; Urteil 2C_1007/2015 vom 10.5.2016 E. 4.4.

⁵⁰ Art. 23 ff. Bundesgesetz vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40).

⁵¹ BGE 137 I 340 E. 3.3; 139 II 519 nicht publ. E. 2.4.

⁵² BGE 109 Ib 146 E. 4; 127 I 84 E. 4c.

nalbank kein typisches GUSUP, sondern eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit einem spezifischen öffentlichen Auftrag.⁵³

In BGE 114 Ia 413 ging es um die Gültigkeit einer kommunalen Initiative, welche vorsah, dass eine öffentlich-rechtliche Stiftung gebildet wird, welche preisgünstigen Wohnraum erwerben und vermieten soll, wobei diese Wohnungen bevorzugt genossenschaftlich organisierten Benützern zur Verfügung gestellt werden sollten. Die Bundesrechtskonformität dieser Initiative wurde bestritten u.a. mit dem Argument, die Privilegierung von Genossenschaften verletze die Rechtsgleichheit. In diesem Zusammenhang erwog das Bundesgericht, die Rechtsgleichheit gelte auch, wenn eine durch das Gesetz geschaffene Institution gegenüber dem Bürger in den Formen des Privatrechts handeln soll.⁵⁴ Auch hier ging es aber nicht um ein GUSUP, sondern darum, dass der Staat selber oder eine öffentlich-rechtliche Institution eine öffentliche Aufgabe erfüllt.

In Bezug auf GUSUP stellen sich zwei verschiedene Fragen:

1. Ist der Staat bei der Gründung einer GUSUP oder Beteiligung an einer solchen grundrechtsgebunden? Wenn ja, was heisst das konkret?
2. Ist die GUSUP als solche grundrechtsgebunden? Da die juristische Person zwangsläufig eine von ihren Mitgliedern/Aktionären (d.h. auch vom Staat als Eigner) verschiedene Rechtsperson mit eigenen Willensbildungsorganen ist, versteht sich die Antwort auf diese Frage nicht von selbst, auch wenn man von prinzipieller Grundrechtsbindung des Staates als solchen ausgeht.

B. Gründung einer GUSUP/Beteiligung an einer solchen

Die Gründung einer AG erfolgt in den aktienrechtlichen Formen gemäss OR, auch wenn der Staat Allein- oder Hauptaktionär ist. Vorbehalten sind spezialgesetzliche Regelungen.

In grundrechtlicher Hinsicht bestehen in der Literatur⁵⁵ und in der Politik⁵⁶ Bedenken vor allem in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit: Es wird befürchtet, der Staat greife in

⁵³ Art. 1, 4 und 5 Nationalbankgesetz vom 3.10.2003 (SR 951.11).

⁵⁴ BGE 114 Ia 413 E. 4a. Die Privilegierung wurde dann allerdings als sachlich gerechtfertigt beurteilt.

⁵⁵ Aus der früheren Literatur: HEUSSER, S. 45 ff.; SCHÜRMAN, S. 98a ff.; MARTI, S. 215 f.; MÜLLER, S. 440 ff.; KRÄHENMANN S. 160 ff. Hinweise auf die neuere Literatur in BGE 138 I 378 E. 6.3.2, 8.4, 8.6.1.

⁵⁶ Postulat 12.4172 und der gestützt darauf erstellte ausführliche Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017, «Staat und Wettbewerb. Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte». Vgl. Motion 19.3238 Ständerat Caroni; parlamentarische Initiativen 17.517 und 17.518.

verfassungswidriger Weise in die privatwirtschaftliche Tätigkeit ein, wenn er in Konkurrenz zu Privaten unternehmerisch tätig sei.

Diese Bedenken stellen sich von vornherein nicht bezüglich von Tätigkeiten, die vom Staat monopolisiert oder sonstwie zu einer öffentlichen Aufgabe erklärt werden: Denn solche Aufgaben unterstehen nicht der Wirtschaftsfreiheit.⁵⁷ Diese ist somit nicht verletzt, wenn solche Tätigkeiten von GUSUP wahrgenommen werden.

Das Bundesgericht verneint aber auch dann, wenn der Staat unternehmerisch in Konkurrenz zu Privaten tätig ist, eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit.⁵⁸ Massgebend dafür ist namentlich die Verfassungsrealität, welche seit je unternehmerische Tätigkeiten des Staates kennt; hätte der Verfassungsgeber solche Tätigkeiten verbieten wollen, so hätte er dies angesichts der entgegenstehenden Rechtstradition ausdrücklich sagen müssen.⁵⁹ Zudem ist beachtlich, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht vor Konkurrenz schützt; durch ein staatliches Unternehmen wird bloss ein weiterer Konkurrent geschaffen.⁶⁰ Diese Überlegungen müssen umso mehr gelten, wenn der Staat nicht selber oder mit einer öffentlich-rechtlichen Anstalt unternehmerisch tätig ist, sondern sich zu diesem Zweck an privatrechtlichen juristischen Personen beteiligt.

Allerdings betont das Bundesgericht, dass staatliche unternehmerische Tätigkeit wettbewerbsneutral sein und unter Konkurrenzbedingungen erfolgen muss; Quersubventionierungen sind unzulässig.⁶¹ Der Staat ist somit bei seinem unternehmerischen Handeln insoweit an die Wirtschaftsfreiheit gebunden, als er den Wettbewerb nicht verfälschen darf.

Bei privatrechtlich organisierten Unternehmen mit staatlicher Beteiligung sind diese Bedingungen grundsätzlich schon dadurch erfüllt, dass sie – soweit keine Sonderregeln bestehen – ohnehin den gleichen gesetzlichen Bestimmungen unterliegen wie andere Unternehmen. Das Bundesgericht verweist dafür auch auf die regelnde Kraft des Wettbewerbsrechts: GUSUP unterliegen vollumfänglich dem Kartellrecht (Art. 2 Abs. 1 KG), ausser wenn spezialgesetzliche Vorschriften den Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG).⁶²

Allerdings hat das staatlich beherrschte Unternehmen mindestens insoweit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber rein Privaten, als es nicht wie diese sein Kapital auf dem pri-

⁵⁷ BGE 130 I 26 E. 4.1; 128 I 280 E. 3; Urteil 2C_1007/2015 vom 10.5.2016 E. 4.4.

⁵⁸ BGE 138 I 378.

⁵⁹ A.a.O., E. 6.3.3.

⁶⁰ A.a.O., E. 6.2.2, 6.2.3, 9.1.

⁶¹ A.a.O., E. 6.3.2, E. 9; BGE 143 II 425 E. 4.3.

⁶² Vgl. Urteil 2C_94/2010 vom 3.7.2012 E. 2.10 betreffend die von der Tochtergesellschaft einer staatlichen Gebäudeversicherung betriebenen Zusatzversicherungen.

vaten Kapitalmarkt beschaffen muss, sondern vom Staat zur Verfügung gestellt erhält. Damit verbunden ist oft eine zumindest implizite oder faktische Staatsgarantie.⁶³ Das Bundesgericht hat diese bisher im Zusammenhang mit dem Submissionsrecht als ein Kriterium (nebst anderen) betrachtet für die Beurteilung, ob ein staatlich beherrschtes Unternehmen als gewerblich gilt, womit es nicht dem Submissionsrecht unterstellt wäre.⁶⁴ «Gewerblich» meint in diesem Zusammenhang «tätig wie ein privates Wirtschaftssubjekt»: Entscheidend ist, ob eine Konkurrenzsituation zu Privaten besteht.⁶⁵

Es kann auch andere faktische Vorteile von GUSUP gegenüber rein privaten Unternehmen geben, z.B. Informationsvorsprünge aufgrund der Staatsnähe.⁶⁶ Trotzdem hat das Bundesgericht bisher kein prinzipielles grundrechtliches Hindernis für staatliche Beteiligungen an wirtschaftlichen Unternehmen gesehen.

C. Grundrechtsbindung von GUSUP bei Erfüllung staatlicher Aufgaben?

1. Besteht Grundrechtsbindung?

Private, die mit hoheitlichen Aufgaben oder Rechten betraut sind, sind grundrechtsgebunden, z.B. als Enteigner,⁶⁷ als Sozialversicherungsträger,⁶⁸ als Träger öffentlichrechtlicher Vermarktungsorganisationen⁶⁹ oder als Verantwortliche für Berufszulassungen.⁷⁰ Erlassen sie Verfügungen, müssen sie die prozessualen Grundrechte (rechtliches Gehör usw.) einhalten.⁷¹ Ebenso müssen sie materiellrechtlich die Grundrechte beachten, z.B. die Rechtsgleichheit und die Wirtschaftsfreiheit.⁷² Dasselbe gilt, wenn sie in Erfüllung öffentlicher Aufgaben Realakte wahrnehmen, die zu einer Beeinträchtigung von Grundrechten führen können, wie z.B. beim Betrieb eines Asylbewerber-Zentrums⁷³ oder bei einer Personendurchsuchung durch private Sicherheitsdienste.⁷⁴ All das gilt unabhängig

⁶³ Vgl. z.B. HETTICH *et al.*, S. 117 ff. (betr. Swisscom).

⁶⁴ BGE 145 II 49 (GZO) E. 4.5.5.

⁶⁵ BGE 142 II 369 E. 3.3.3.1; BGE 145 II 49 E. 4.4.3.1.

⁶⁶ Vgl. BGE 142 I 99 E. 3.4.

⁶⁷ Vgl. BGE 129 II 420 E. 5.

⁶⁸ BGE 140 I 338 E. 6; 141 V 557 E. 5 und 9 (Krankenkassen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung).

⁶⁹ BGE 101 Ib 306 bzgl. der früheren Käseunion.

⁷⁰ BGE 103 Ia 544 bzgl. Schweizer Alpen-Club, soweit er hoheitliche Aufgaben bei der Zulassung zu Bergführerkursen wahrnimmt.

⁷¹ BGE 101 Ib 306 E. 3.

⁷² BGE 103 Ia 544 E. 5c und 6.

⁷³ BGE 133 I 49 E. 3.2.

⁷⁴ BGE 140 I 2 E. 10.2.2, 10.6.2.2.

davon, ob der mit der hoheitlichen Aufgabe beauftragte Private ein GUSUP oder ein «echtes» privates Unternehmen ist.

Der Staat muss die Grundrechte beachten, auch wenn er privatrechtlich handelt, so z.B. wenn er staatseigene Bootsplätze in privatrechtlicher Form vermietet.⁷⁵

Desgleichen gilt die Grundrechtsbindung auch, wenn Private in der Wahrnehmung einer ihnen übertragenen staatlichen Aufgabe in Privatrechtsform handeln: Das ergibt sich seit dem Inkrafttreten der BV von 1999 aus deren Art. 35 Abs. 2, war aber auch schon frühere Bundesgerichtspraxis, was sich namentlich im oft zitierten Molki-Urteil zeigte:⁷⁶ Eine Milchsammelstelle bezahlte bestimmten Milchproduzenten einen höheren Preis als anderen. Das Bundesgericht erwo, der Milchpreis sei staatlich geregelt. Auch wenn im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Milchpreis privatrechtlich vereinbart werden könne, bleibe doch die Milchbewirtschaftung öffentlich-rechtlich geprägt, was auch dadurch zum Ausdruck komme, dass die Milchproduzenten ihre Abnahmestelle nicht frei wählen konnten.⁷⁷ Durch die staatliche Regulierung der Milchwirtschaft werde die Privatautonomie ausgeschaltet. Die Sammelstellen verfügten über eine faktische Monopolstellung und hätten auch öffentlichrechtliche Aufgaben zu erfüllen. Auch wenn sie privatrechtlich organisiert seien, komme ihnen keine private Autonomie zu, sondern sie hätten die Rechtsgleichheit zu beachten, mithin allen Milchproduzenten den gleichen Preis zu bezahlen.

Die eigentliche Streitfrage ist in diesen Fällen meistens nicht primär die Grundrechtsbindung als solche, sondern die Frage, ob überhaupt eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV vorliegt. Es gibt Bereiche, die früher mehr oder weniger implizit als staatliche Aufgaben betrachtet wurden, heute aber nicht mehr. So wurde z.B. die Elektrizitätsproduktion früher oft als staatliche, z.T. sogar monopolisierte Tätigkeit betrachtet, ist dies heute aber nicht mehr.⁷⁸ In anderen Bereichen sind die Grenzen zwischen staatli-

⁷⁵ Z.B. Urteil 2P.216/1991 vom 3.4.1992 E. 3c, wo es um die Vermietung von Bootsplätzen in einem gemeindeeigenen Hafen ging. Zwar stellte das Bundesgericht fest, dass das Mietverhältnis öffentlich-rechtlich sei, fügte aber unter Hinweis auf BGE 109 Ib 155 an, die Gemeinde hätte den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Willkürverbot selbst dann zu beachten, wenn sie bei der Vermietung der Bootsliegeplätze als Subjekt des Privatrechts aufträte.

⁷⁶ Urteil A.364+396/1985 vom 10.7.1986 (ZBI 88, 1987, 205).

⁷⁷ Dies war auch prozessual der Aufhänger dafür, dass die Angelegenheit auf dem verwaltungsrechtlichen Weg an das Bundesgericht gelangte: Die benachteiligten Landwirte hatten das Bundesamt für Landwirtschaft ersucht, es sei ihnen der Wechsel zu einer anderen Milchsammelstelle zu erlauben. Das Amt wies dies ab, verpflichtete aber die Milchsammelstelle dazu, allen Produzenten den gleichen Milchpreis zu bezahlen. Diese beiden Anordnungen gelangten in der Folge bis vor Bundesgericht. Dieses lehnte den beantragten Wechsel der Milchsammelstelle ab, bestätigte aber die Verpflichtung, den gleichen Preis zu bezahlen.

⁷⁸ Vgl. Urteil 2C_12/2016 vom 16.8.2016 E. 3.3.

cher und nicht staatlicher Tätigkeit unklar oder differenziert, so etwa im Spitalwesen⁷⁹ oder im Fernmeldebereich.⁸⁰ In manchen Gebieten gibt es Teilbereiche, die öffentliche Aufgaben sind, in denen der Träger an die Grundrechte gebunden ist, und Teilbereiche, in denen der Träger in Konkurrenz zu anderen Privaten steht und insoweit nicht an Grundrechte gebunden ist, sondern sich umgekehrt selber auf die Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit, berufen kann.⁸¹

Soweit es sich um staatliche Aufgaben handelt, sind sie meist durch spezialgesetzliche Regelungen weitgehend reguliert, so dass insoweit die praktische Bedeutung der Grundrechtsbindung relativiert ist (vorne II). Sie kommt eher subsidiär zum Tragen, so z.B. in einem Urteil betreffend SBB, die allerdings nicht eine normale GUSUP, sondern eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ist.⁸² Entscheidend für die Grundrechtsbindung ist aber nicht die Rechtsnatur der Gesellschaft, sondern der Umstand, dass ihr eine staatliche Aufgabe übertragen ist,⁸³ weil der regelmässige gewerbsmässige Personentransport ein Staatsmonopol ist.⁸⁴

Praktische Bedeutung hat die Grundrechtsbindung besonders im Bereich der Benützung öffentlicher Sachen: Die entsprechende Regelung gilt als staatliche Aufgabe,⁸⁵ so dass Grundrechtsbindung besteht. Bei der Verwaltung von staatlichem Finanzvermögen geht die Praxis demgegenüber grundsätzlich von der Anwendbarkeit des Privatrechts aus. Wird es durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft verwaltet, hat allerdings das Bundesgericht (im Nachgang zu einer entsprechenden Praxis des kantonalen Gerichts) für die Zuteilung von landwirtschaftlichem Pachtland die Zweistufentheorie angewendet, indem in einer ersten Stufe mit anfechtbarer Verfügung entschieden wird, welchem von mehreren Bewerbern die Pacht erteilt wird, bevor in einem zweiten Schritt der privatrechtliche Pachtvertrag geschlossen wird.⁸⁶ In der Sache bejaht das Bundesgericht die Grundrechtsbindung.⁸⁷ Dies betraf allerdings das Handeln einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, nicht eines GUSUP.

Ein Sonderfall ist auch hier die SRG: Das Bundesgericht ging ursprünglich davon aus, der Werbebereich gehöre nicht zum Leistungsauftrag der SRG, sondern erfolge rein privatrechtlich; die Ablehnung einer Werbung sei deshalb ein zivil- oder allenfalls kar-

⁷⁹ Urteil 2P.67/2004 vom 23.9.2004 E. 1.8.

⁸⁰ Vgl. dazu BGE 138 I 289 E. 2 betreffend Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen.

⁸¹ BGE 138 I 289 E.2 (Switch); vgl. vorne III.

⁸² Vgl. Art. 2 Bundesgesetz vom 20.3.1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31).

⁸³ BGE 136 II 457 E. 6.2.

⁸⁴ Art. 4 Personenbeförderungsgesetz.

⁸⁵ BGE 143 I 37 E. 7.1; 138 I 274 E. 2.2.1.

⁸⁶ Urteil 2C_314/2013 vom 19.3.2014 E. 1.1.3.

⁸⁷ A.a.O., E. 5.4.

tellrechtliches Problem.⁸⁸ Ein Werbeverbot sei im Übrigen auch mit der Meinungsfreiheit vereinbar.⁸⁹ Nachdem der EGMR darin eine Verletzung von Art. 10 EMRK erblickt hatte,⁹⁰ anerkannte das Bundesgericht⁹¹ gestützt auf die Meinungsfreiheit in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot unter gewissen Umständen ausnahmsweise einen Anspruch auf Zugang zu einer Programmsendung («Recht auf Antenne»),⁹² und ebenso für den Werbebereich, obwohl dieser – anders als die Programmsendungen – nicht vom Leistungsauftrag umfasst wird und mit privatrechtlichen Werbeverträgen erfüllt wird; die Verweigerung der Zulassung einer Werbesendung gilt demnach als Einschränkung der Meinungsfreiheit und unterliegt den Voraussetzungen von Art. 36 BV. Begründet wird dies damit, dass der an sich privatrechtlich bewirtschaftete Werbebereich als Nebenaktivität zur Finanzierung des vom Leistungsauftrag erfassten Programms dient und deshalb mit dem Programmauftrag verbunden ist.⁹³

2. Was bedeutet Grundrechtsbindung konkret?

Wichtiger als die Frage nach dem «Ob» der Grundrechtsbindung ist im Ergebnis die Frage, was Grundrechtsbindung konkret bedeutet.

In der Praxis geht es in erster Linie um Gleichbehandlung. Im erwähnten Fall der SBB bedeutete dies, dass die Zuschläge, die bei fehlendem Transportausweis zu entrichten sind, nach rechtsgleichen Kriterien bemessen werden müssen.⁹⁴

Häufig stellen sich Gleichbehandlungsfragen bei der Benützung öffentlicher Sachen. Im Rahmen des Gemeingebrauchs ist die Rechtsgleichheit grundsätzlich per se garantiert, da dieser jedermann im Rahmen der Zweckwidmung der Sachen offen steht.⁹⁵ Problematisch ist im Lichte der Rechtsgleichheit der gesteigerte Gemeingebrauch oder gar die Sondernutzung. Denn dadurch wird per definitionem der Gemeingebrauch für alle anderen Benützer oder Interessenten – und damit auch deren rechtsgleiche Grundrechtsbetätigung⁹⁶ – ausgeschlossen,⁹⁷ so dass diese Nutzungsformen an sich im Widerspruch zur Rechtsgleichheit stehen und streng genommen unzulässig oder zumindest gesteigert rechtfertigungsbedürftig sein müssten.

⁸⁸ BGE 123 II 402 E. 3.

⁸⁹ A.a.O., E. 5.

⁹⁰ Urteil 24699/94 vom 28.6.2001.

⁹¹ Und dann auch der Gesetzgeber (Art. 91 Abs. 3 lit. b, Art. 92 Abs. 1 lit. b, Art. 95 Abs. 3 lit. b, Art. 97 Abs. 2 lit. b RTVG).

⁹² BGE 136 I 167 E. 3.3; 139 I 306 E. 2.

⁹³ BGE 136 I 158 E. 3.2; 139 I 306 E. 3.2.

⁹⁴ BGE 136 II 457 E. 7.

⁹⁵ BGE 135 I 302 E. 3.2.

⁹⁶ BGE 135 I 302 E. 4.2.

⁹⁷ BGE 142 I 99 E. 2.4.4.

Die Rechtsprechung hat allerdings diese Konsequenz nicht gezogen, sondern umgekehrt sogar aus der Grundrechtsordnung – vor allem aus der Wirtschaftsfreiheit sowie aus der Meinungs- und Versammlungsfreiheit – einen bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch abgeleitet.⁹⁸ Der Anspruch ist freilich nur bedingt, weil er eben eine rechtfertigungsbedürftige Privilegierung bestimmter Benutzer darstellt; wird aber gesteigerter Gemeingebrauch zugelassen, so muss dies nach rechtsgleichen und willkürfreien Kriterien erfolgen.⁹⁹ Rechtsgleich kann er allerdings nicht sein, weil er per definitionem nie allen, sondern nur einzelnen gewährt werden kann. Es geht daher eher um eine sachlich haltbare, d.h. willkürfreie Auswahl unter den verschiedenen Interessenten, namentlich im Lichte der Gleichbehandlung wirtschaftlicher Konkurrenten.¹⁰⁰

Im Falle der Verkehrsbetriebe der Stadt Luzern¹⁰¹ hatten diese die Vermarktung der Werbeflächen auf den Fahrzeugen des städtischen Verkehrs einer privaten Gesellschaft übertragen, die ihrerseits mit den einzelnen Kunden privatrechtliche Verträge abschloss; die Verkehrsbetriebe behielten sich aber ein Genehmigungs- bzw. Vetorecht für einzelne Plakate vor, welches sie in einem konkreten Fall ausübten, um eine Bus-Werbung abzulehnen. Dies war der Aufhänger, um die Angelegenheit prozessual auf dem öffentlich-rechtlichen Weg zu behandeln. Auch materiell wurde dann gesagt, dass das Gemeinwesen die Grundrechte beachten muss: Es muss durch entsprechende Gestaltung der Konzession und durch vorbehaltene Interventionsmöglichkeiten dafür sorgen, dass der private Konzessionär den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Willkürverbot im gebotenen Masse beachtet. Allerdings kollidiert das Gleichbehandlungsgebot mit dem Bedürfnis nach unternehmerischer Freiheit. Das Bundesgericht versucht den Spagat: Je mehr ein Interessent auf die Benützung der (direkt oder indirekt) vom Gemeinwesen betriebenen Einrichtung angewiesen ist, desto höhere Anforderungen sind an die sachliche Begründetheit von potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken zu stellen. Je eher dagegen die privaten Interessenten auf andere Anbieter (bzw. auf andere geeignete Werbemöglichkeiten) ausweichen können, desto mehr Freiheit muss dem öffentlichen Unternehmen bei der Wahl seiner Vertragspartner oder der zu erbringenden Leistungen zustehen.¹⁰² Im konkreten Fall war es zulässig, dass die Verkehrsbetriebe eine Reklame auf einem Bus in der Form einer Ganzbemalung abgelehnt hatten.¹⁰³

Ähnlich war die Ausgangslage im Falle der SBB, welche die Vermietung von Werbeflächen in ihren Bahnhöfen einer privaten Gesellschaft überliess, sich aber ein Vetorecht für

⁹⁸ Meinungs- und Versammlungsfreiheit: BGE 143 I 147 E. 3.2; 132 I 256 E. 3; 127 I 164 E. 3; Wirtschaftsfreiheit: 126 I 133 E. 4; 121 I 279 E. 2.

⁹⁹ BGE 143 II 598 E. 5; 132 I 97 E. 3; 128 I 136 E. 3 und 4.

¹⁰⁰ BGE 143 I 37 E. 8.2.

¹⁰¹ BGE 127 I 84.

¹⁰² BGE 127 I 84 E. 4c.

¹⁰³ A.a.O., E. 4d.

Plakate vorbehielt und in einem konkreten Fall davon Gebrauch machte.¹⁰⁴ In diesem Fall erkannte das Bundesgericht auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit, weil die SBB ein Plakat aus inhaltlichen Gründen nicht zugelassen hatte.¹⁰⁵

So oder so sind grundrechtliche Ansprüche durch die zur Verfügung stehende Kapazität beschränkt. Auch wenn öffentlicher Raum für Plakate zur Verfügung gestellt wird, heisst das nicht, dass *beliebig viel* Raum zur Verfügung gestellt werden muss, so dass kapazitätsbezogene Beschränkungen zulässig sind.¹⁰⁶ Das gilt auch für das grundrechtlich geschützte «Recht auf Antenne»: Der Werberraum im Fernsehen ist begrenzt,¹⁰⁷ so dass kein Anspruch auf beliebig viele Werbesendungen besteht. Unzulässig ist es aber, eine Werbesendung an sich zuzulassen, aber inhaltliche Änderungen vorzuschreiben, die nicht durch den Schutz entgegenstehender Interessen gerechtfertigt sind.¹⁰⁸ Auch im redaktionellen Teil muss die Redaktion aus der unendlichen Zahl von Informationen, die grundsätzlich vermittelt werden könnten, eine Auswahl treffen; ein Recht auf Ausstrahlung einer bestimmten Sendung besteht daher nur ausnahmsweise, namentlich wenn systematisch bestimmte Anliegen aus unsachlichen Gründen boykottiert werden.¹⁰⁹

Auch im zitierten Fall der Pachtlandzuteilung bejaht zwar das Bundesgericht die Grundrechtsbindung, räumt aber sogleich ein, dass die Tragweite der Rechtsgleichheit zwangsläufig beschränkt ist, da jedes Grundstück nur *einem* Pächter zugeteilt werden kann und verschiedene Zuteilungskriterien zulässig sind, so dass sich die Bedeutung der Grundrechte praktisch auf Willkürfreiheit beschränkt.¹¹⁰

D. Grundrechtsbindung von GUSUP ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben?

Zur Grundrechtsbindung von GUSUP ausserhalb staatlicher oder öffentlicher Aufgaben finden sich nur wenige Urteile:

Keine öffentliche Aufgabe erfüllte die gemischtwirtschaftliche Schweizerische Mustermesse AG, wenn sie auf dem Messegelände Standplätze zur Verfügung stellte. Ihre Beschlüsse waren daher keine Hoheitsakte und nicht mit der (früheren) staatsrechtlichen Beschwerde anfechtbar.¹¹¹ Demzufolge gab es schon aus prozessualen Gründen keine

¹⁰⁴ BGE 138 I 274.

¹⁰⁵ BGE 138 I 274 E. 3.5.

¹⁰⁶ BGE 138 I 274 E. 2.2.2.

¹⁰⁷ BGE 139 I 306 E. 3.2.4.

¹⁰⁸ BGE 139 I 306 E. 4 und 5.

¹⁰⁹ Urteil 2C_589/2018 vom 5.4.2019 E. 3.

¹¹⁰ A.a.O., E 5.5-5.7.

¹¹¹ BGE 126 I 250.

ausdrückliche Aussage zu einer Grundrechtsbindung. Implizit wird eine solche allerdings eher verneint: Das Bundesgericht stellt nämlich für die Beurteilung der Frage, ob eine beanstandete Handlung als anfechtbarer Hoheitsakt einzustufen ist, auch darauf ab, wie weit das betreffende Verhalten geeignet ist, Grundrechte zu verletzen. Wenn das Rechtsschutzbedürfnis dies gebietet, kann eine Anfechtungsmöglichkeit allenfalls selbst dann bestehen, wenn keine förmliche Verfügung vorliegt.¹¹² Im konkreten Fall ging es aber nicht um die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes, so dass der auf Wirtschaftsfreiheit gestützte bedingte Benützungsanspruch nicht zur Anwendung kam.¹¹³

In BGE 129 III 35 ging es um die Weigerung der Post, eine Publikation zu versenden. Die Post hatte nach der gesetzlichen Regelung einerseits einen Universaldienst (teilweise im Monopol) sicherzustellen, andererseits war sie berechtigt (aber nicht verpflichtet), Wettbewerbsdienste in Konkurrenz zu privaten Anbietern anzubieten. Der streitige Versand gehörte in den Bereich der Wettbewerbsdienste. Das Bundesgericht erwog, da es sich dabei nicht um eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV handle, sei die Post nicht an die Grundrechte gebunden (E. 5.2). Ebenso wenig sei sie nach Art. 35 Abs. 1 oder 3 BV an die Grundrechte gebunden, da nach der gesetzlichen Regelung die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste wie eine Privatperson tätig sein soll (E. 5.3). Das Bundesgericht stellt hier also nicht auf die öffentlich- oder privatrechtliche *Organisationsstruktur* ab, sondern auf die *Tätigkeit*, namentlich darauf, dass die Post wie eine Privatperson in Konkurrenz zu anderen Privaten tätig sein soll. Sie genießt daher grundsätzlich die Vertragsfreiheit. Allerdings wurde dann gestützt auf allgemeine Prinzipien des Privatrechtes (Verbot sittenwidrigen Verhaltens) ausnahmsweise eine Kontrahierungspflicht angenommen, begründet mit der marktmächtigen Position der Post (E. 6), und damit im Ergebnis dasselbe erreicht wie mit einer Grundrechtsbindung hätte erreicht werden können. Der Entscheid betraf allerdings nicht ein GUSUP, da die Post nach damaliger Rechtslage eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts war; die gleichen Überlegungen müssen aber umso mehr für GUSUP gelten.

Bisweilen wird geltend gemacht, aus der Grundrechtsbindung i.V.m. Art. 29a BV oder Art. 6 EMRK ergebe sich ein Anspruch darauf, dass auf dem öffentlich-rechtlichen Weg über allfällige Grundrechtsverletzungen privatrechtlich handelnder staatlich beherrschter Betriebe und Institutionen entschieden werden müsse. Eine solche Überlegung tönte bisweilen in der Rechtsprechung an, wenn der Zugang zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde davon abhängig gemacht wurde, ob eine Handlung geeignet sei, Grundrechte zu beeinträchtigen.¹¹⁴ Indessen ist auch (bzw. erst recht) der Zugang zu einem Zivilge-

¹¹² A.a.O., E. 2d.

¹¹³ A.a.O., E. 2d/aa.

¹¹⁴ BGE 126 I 250 E. 2d, in casu allerdings verneint. Ausnahmsweise hat das Bundesgericht angenommen, dass auch dort, wo eine private Trägerin öffentlicher Aufgaben keine Verfügungen erlassen kann, ihre Entscheide mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar sind (Urteil 2P.96/2000 vom

richt ein hinreichender Rechtsschutz im Sinne von Art. 29a BV oder Art. 6 EMRK; die Möglichkeit, Zivilklagen einzureichen, genügt daher den grundrechtlichen Verfahrensansprüchen. Auch ein allfälliger Kontrahierungszwang lässt sich auf diesem Weg durchsetzen.¹¹⁵

Ein privatrechtlich handelndes Unternehmen unterliegt dem privaten Arbeitsrecht, auch wenn es öffentliche Aufgaben wahrnimmt.¹¹⁶ Das Gemeinwesen selber bleibt zwar an die verfassungsrechtlichen Prinzipien gebunden, auch wenn es die Arbeitsverhältnisse seines Personals dem Privatrecht unterstellt.¹¹⁷ Hingegen gibt es keine Urteile dazu, dass dasselbe auch für GUSUP gelten würde.¹¹⁸ Die Grundrechte schützen auch nicht davor, dass ein bisher öffentlich-rechtlich geregeltes Dienstverhältnis (beim Gemeinwesen) in ein privatrechtliches (bei einer vom Gemeinwesen beherrschten AG) umgewandelt wird.¹¹⁹

Eine Sonderstellung haben GUSUP im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen: Da der Staat selber als Ausfluss der Wahl- und Abstimmungsfreiheit nur beschränkt in die demokratische Meinungsbildung eingreifen kann, ist auch ein GUSUP grundsätzlich zur politischen Neutralität verpflichtet sind; Interventionen in den Abstimmungskampf sind nur zulässig, wenn das Unternehmen durch die Abstimmung besonders betroffen wird, namentlich in der Umsetzung seines gesetzlichen oder statutarischen Auftrags, und ähnlich einem Privaten in seinen wirtschaftlichen Interessen berührt wird.¹²⁰ Die Rechtsprechung stellt in dieser Beziehung nicht primär auf die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe ab, sondern darauf, ob das Unternehmen direkt oder indirekt unter dem bestimmenden Einfluss eines Gemeinwesens steht.¹²¹ Völlig bedeutungslos ist allerdings das Kriterium der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht: Die gleichen Schranken

8.6.2001, ZBl 2001 656, E. 5a, Braderie et Fête de la Montagne). Diese Praxis war bedingt durch die frühere Bundesrechtspflege, wonach vor Bundesgericht die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (ausser im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde) nur mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar war. Demgegenüber sind heute auch im Bereich der zivil- und strafrechtlichen Beschwerden uneingeschränkt Verfassungsrügen zulässig (Art. 95 lit. a BGG), so dass sich eine besondere Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Rechtsmittel unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes nicht aufdrängt.

¹¹⁵ Urteile 2C_684/2015 vom 24.2.2017 E. 6.5; 2C_966+967/2018 vom 29.1.2019 E. 3.6 und 3.7; Anwendungsbeispiel: Urteil 4A_417/2009 vom 26.3.2010 (Kontrahierungspflicht der Post bejaht).

¹¹⁶ BGE 142 II 154 E. 5.2 und 5.3.

¹¹⁷ Urteil 2P.137/2005 vom 17.10.2005 E. 3.2 (rechtliches Gehör vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses). Diese Aussage wurde zitiert im Urteil 8C_324/2017 vom 22.2.2018 E. 5.3.2, wo es allerdings um ein öffentlich-rechtlich geregeltes Arbeitsverhältnis ging.

¹¹⁸ WIRTHLIN, S. 68 f.

¹¹⁹ Urteil 2P.217/2003 vom 22.10.2003 E. 3.5.

¹²⁰ Urteil 1P.141/1994 vom 26.5.1995 E. 4 (ZBl 97/1996 S. 233); BGE 140 I 338 E. 5.2; BGE 145 I 1 E. 7.2.

¹²¹ BGE 140 I 338 E. 5.2; BGE 145 I 1 E. 7.2 und 7.3.

gelten nämlich auch für rein privatrechtliche Unternehmen, wenn sie mit einer öffentlichen, hoheitlichen Aufgabe betraut sind.¹²²

V. Schlussfolgerungen

GUSUP sind als Privatrechtssubjekte prinzipiell grundrechtsberechtigt, ausser wenn sie eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Spiegelbildlich sind sie grundrechtsverpflichtet, wenn sie eine staatliche Aufgabe wahrnehmen. Ein und dieselbe Unternehmung kann also teilweise grundrechtsverpflichtet sein (in Bezug auf staatliche Aufgaben), teilweise aber grundrechtsberechtigt.

Die gelegentlich zu findende Aussage, der Staat sei grundrechtsgebunden, auch wenn er privatrechtlich handelt, bedeutet also nicht undifferenziert, dass auch das staatlich beherrschte privatrechtlich organisierte Unternehmen grundrechtsgebunden wäre. Zwar schliesst eine privatrechtliche Struktur die Grundrechtsbindung nicht aus, entscheidend ist aber nicht, ob ein Unternehmen staatlich beherrscht ist, sondern ob es eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV erfüllt.

Die Rechtsprechung tendiert (abgesehen vom Sonderfall der SRG) dazu, eine staatliche Aufgabe zu verneinen, wenn das Unternehmen unter Konkurrenzbedingungen mit anderen Privaten am Markt auftritt, hingegen zu bejahen, wenn es eine spezialgesetzlich geregelte Versorgungsaufgabe wahrnimmt.

Eine andere Frage ist, was Grundrechtsbindung konkret bedeutet.

Spezifisch in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit bedeutet Grundrechtsbindung, dass ein staatlich beherrschtes Unternehmen, das sich unter Konkurrenzbedingungen auf dem Markt bewegt, die Regeln des Marktes bzw. die Wettbewerbsneutralität einhalten muss. Mit diesem Vorbehalt ist die Beteiligung des Staates an GUSUP nicht grundrechtswidrig.

Als Privatrechtssubjekte haben sich GUSUP an die allgemein gültigen privat- und strafrechtlichen Normen zu halten und damit auch die dadurch geschützten Grundrechtspositionen zu beachten.

Die Frage einer darüber hinaus gehenden Grundrechtsbindung stellt sich praktisch hauptsächlich dort, wo eine Diskrepanz besteht zwischen der einem Privatrechtssubjekt grundsätzlich zustehenden Privatautonomie (und damit auch der Möglichkeit, im Rahmen der Privatrechtsordnung nach eigenem Belieben Verträge abzuschliessen und deren Inhalt zu

¹²² BGE 140 I 338 E. 6 und 7 (Krankenkassen).

vereinbaren) und den grundrechtlichen Anliegen einer willkürfreien und rechtsgleichen Behandlung.

Da staatliche Aufgaben meistens spezialgesetzlich geregelt sind und in diesem Rahmen oft schon eine Gleichbehandlung von Geschäftspartnern oder Kunden vorgeschrieben ist, hat die unmittelbare Grundrechtsbindung eine eher subsidiäre Bedeutung. Sie kommt in der Rechtspraxis hauptsächlich zum Tragen in Bezug auf spezialgesetzlich wenig geregelte Bereiche wie die Benützung öffentlichen Grundes und vergleichbare Konstellationen. Eine solche Benützung ist durch Kapazitätsschranken prinzipiell begrenzt, so dass kein unbedingter grundrechtlicher Anspruch darauf besteht. Unzulässig ist jedoch, die Nutzung aufgrund rechtsungleicher oder willkürlicher Kriterien oder in Verletzung der Meinungsfreiheit zu beschränken.

Staatlich beherrschte Unternehmen unterliegen einer Zurückhaltungspflicht bei der Intervention in Abstimmungskämpfe.

Abgesehen davon sind keine Urteile ersichtlich, in denen eine Grundrechtsbindung von GUSUP ausserhalb staatlicher Aufgaben bejaht wird.

Literaturverzeichnis

- BEELI Hans, *Das öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen am Beispiel der Luzerner und Zuger Kantonalbank*, Diss. Freiburg, Luzern 1989.
- BIAGGINI Giovanni, Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt?, in: *Fs. Peter Forstmoser*, Zürich 2003, S. 623-637.
- BUOB Franziska, *Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär*, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2008.
- DÉFAGO GAUDIN Valérie, Quelle autonomie pour l'État?, *ZSR* 2018 II S. 239-302.
- ERB Karl, *Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmen in der Schweiz*, Diss. Zürich, Aarau 1938.
- GERBER Walter, *Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form*, Zürich 1928.
- HANGARTNER Yvo, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: *Fs. Pedrazzini*, 1990, S. 129 ff.
- HÄSLER Philipp, *Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen*, Diss. Bern, 2005.
- HETTICH Peter / KOLMAR Martin / HOFFMANN Magnus / KOLLER Jannick / MATHIS Lukas, *Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt*, Zürich/St. Gallen 2017.
- HEUSSER Walter, *Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem*, Diss. Zürich 1949.
- JAAG Tobias, Der Staat als Aktionär, in: *Fs. Peter Forstmoser*, Zürich 2003, S. 379-399.

- JÜNGLING Alfred, *Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft*, Diss. St. Gallen 1948.
- KNAPP Blaise, L'État agissant en droit privé, in: *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, 1991, S. 169-204.
- KRÄHENMANN Beat, *Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens*, Basel/Frankfurt a.M., 1987.
- MARTI Hans, *Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln*, Bern 1950.
- MÜLLER Paul Richard, *Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts*, Diss. St. Gallen 1970.
- POLTIER Etienne, *Les entreprises d'économie mixte. Étude de droit suisse et de droit comparé*, thèse Lausanne, Zürich 1983.
- SALADIN Peter, Grundrechtsprobleme, in: B.-Chr. Funk (Hrsg.), *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte*, Wien 1981, S. 59-84.
- SCHLATTER Eliane, *Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln*, Diss. Zürich 2009.
- SCHOTT Markus, *Staat und Wettbewerb*, Zürich/St. Gallen 2010.
- SCHÜRMAN Leo, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, *ZSR* 72/1953 S. 65a-199a.
- STÄMPFLI Michael, *Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Ihre Willensbildung und Organisation*, Diss. Bern 1991.
- VOGEL Stefan, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Diss. Zürich, 2000.
- WEBER Alfred, *Die Rechtsnatur der Nordostschweiz. Kraftwerke A.-G.*, Diss. Bern, Aarau 1941.
- WIRTHLIN Martin, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und Privatrecht, *ZBJV* 2019 S. 57-78.

Les contrats d'emplois des agents du secteur public en Europe

Sommaire

	Page
Introduction	767
I. Retour sur la fonction anthropologique du contrat	767
II. Détour vers les systèmes européens de fonction publique	769
III. Les systèmes européens de fonction publique	770
IV. Le contrat de droit privé comme source autonome des droits de la fonction publique	771
V. La fragilité juridique de la source statutaire du droit des fonctions publiques européennes	773
VI. Les évolutions des fonctions publiques européennes	774
VII. La tendance au réinvestissement statutaire du droit de la fonction publique	778

Introduction

Le dedicataire de ces lignes a de nombreuses fois montré les dimensions de l'achat public de biens, de service et de travaux, enserrées dans un réseau de règles de droit public sans se déprendre de leurs origines privatistes. Il n'est pas douteux que cette « affaire » est dans le marché. Les mots parlent d'eux-mêmes : « droit des marchés publics ». L'éminent professeur Etienne POLTIER a aussi expliqué que les États embarrassent toujours les contrats et le droit qui les concerne. Un petit retour sur la fonction anthropologique du contrat en donne un aperçu.

I. Retour sur la fonction anthropologique du contrat

Le contrat est l'instrument de l'économie de marché, dont on postule aujourd'hui qu'il est une loi planétaire et universelle. L'idéologie économique, cette séparation radicale entre les aspects économiques et le tissu social puis leur construction en un domaine

* Agrégé des Facultés de droit, professeur de droit administratif à l'Université d'Angers.

autonome, fait du contrat, non seulement un support de la relation mercantile, mais aussi un support du lien social en lieu et place des impératifs unilatéraux de la loi¹. Louis Dumont qualifiait ce mouvement de l'histoire de contractualisme² individualiste qui affirme l'existence de partenaires libres et autonomes, notamment pour régler la relation de travail. Ce trait dominant a été pointé de manière mémorable par Karl POLANYI³ pour lui opposer cette maxime à la fois la plus ordinaire, la plus profonde et la plus perturbatrice : le travail n'est pas un produit objet d'un contrat de vente ou de louage de service, négociable sur un marché, mais la condition de l'activité économique. Par où l'expansion du marché a pour effet que toute chose doit prendre la forme d'une marchandise, y compris le travail qui ne peut justement pas prendre cette forme marchande sinon au titre d'une pure fiction juridique.

Dans cet environnement surdéterminant et toujours avec retard par rapport aux autres pays, pas seulement anglo-saxons, le contrat fournit à la France aussi le patron de la conception et de l'organisation de sa fonction publique. L'exposé des motifs du projet de « loi Dussopt », du nom du secrétaire d'État chargé des comptes publics, présenté en conseil des ministres en février 2019, évoque un « nouveau contrat social » avec les agents publics, accroît la place du contrat (de droit public) comme source du droit de la fonction publique et invente même la « rupture conventionnelle du statut législatif »...

D'une manière générale encore, le lien contractuel est un lien abstrait qui permet des choses concrètes. Mais « la liberté contractuelle [...] n'est pas concevable sans une foi partagée dans un Tiers garant des conventions »⁴. Autrement dit, un contrat n'a d'existence que protégé par un Tiers garant ; l'État avant tout, mais pas seulement. Cette exigence structurale contrarie les accords conclus par les personnes publiques. Celles-ci sont donc toujours assez rétives au droit commun des contrats. Les contrats publics sont des accords spécifiques dans la mesure où l'État est à la fois contractant et garant. Il aura tendance à éviter la relation contractuelle de ses stipulations pour préférer loger ses droits et obligations dans l'édiction d'actes administratifs unilatéraux.

¹ Ce diagnostic mérite toujours d'être médité. Il faudrait reprendre à nouveau frais la question du contrat et l'inaptitude de notre époque à penser les liens entre les hommes autrement qu'en termes contractuels. L'histoire et certaines cultures ont montré que l'on pouvait s'obliger autrement qu'au moyen de stipulations contractuelles. En Orient par exemple il y a toujours eu une grande méfiance envers la parole donnée.

² L. DUMONT, *Homo aequalis, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, T. 1, 1977.

³ K. POLANYI, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Gallimard, 1983. Il dénonce en définitive ce qu'il suggère comme un scandale à savoir l'assimilation du travail à une marchandise, au mépris de l'humanité de celui qui l'exécute.

⁴ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points Seuil, 2005, p. 157.

Ces considérations ont trouvé dans la fonction publique un théâtre d'opérations dont elles en sont venues à occuper le cœur. Dans l'Administration publique aussi une des parties au contrat de recrutement est tout à la fois contractant et Tiers garant. Ce dont il suit une tendance de ce type de contrat à la dilution dans des cadres législatifs et réglementaires s'imposant aux stipulations.

II. Détour vers les systèmes européens de fonction publique

La conception statutaire de la fonction publique a été une manière de résister à la transformation de la relation professionnelle en échanges de choses. Aujourd'hui elle entre en collision avec cette transfiguration de l'agent en un simple individu mû par son intérêt personnel et procédant à la vente sa force de travail.

Dans le système de fonction publique de carrière, sur lequel nous nous attarderons, comme il faut s'en référer à l'État, à la fois pour contracter et pour agir, le contrat d'emploi public n'a que peu de signification, à tout le moins pas davantage de signification que les arrêtés de nomination des auxiliaires. Cela explique la tendance du contrat de fonction publique d'être absorbé par des dispositions légales et unilatérales s'imposant aux stipulations contractuelles.

Replacer ce système dans chaque État européen n'est pas chose facile. On sait que le décompte des agents de l'administration publique en Europe est complexe et que le périmètre du secteur public est difficile à circonscrire État par État. À proprement parler, les notions de « fonctionnaire », d'agent public, de service public, etc. n'ont pas véritablement de sens dans certains États ou ont des sens différents selon les États. Nous retiendrons par facilité le terme de « fonctionnaire » pour les agents des administrations publiques dont la condition est statutaire c'est-à-dire définie exclusivement par des dispositions législatives et réglementaires et dont l'engagement débouche sur une carrière assurée par une garantie juridique de conserver l'emploi jusqu'à la retraite. Le terme d'« agent contractuel de droit public » exprime, d'une manière plus ou moins forte selon les États, l'idée que leur condition n'est pas complètement contractuelle, qu'elle flirte avec la nature d'acte unilatéral déguisé, et qu'elle accorde progressivement des garanties comparables sur de nombreux aspects avec celles dont bénéficient les fonctionnaires. Pour eux, l'accord de volontés se résume presque exclusivement à l'entrée en fonction. Il faudrait aussi pouvoir séparer parmi les agents contractuels de droit privé ceux qui relèvent du « simple » droit des obligations contenu dans le code civil ou ses équivalents, et ceux qui relèvent d'un droit du travail dont, pour la partie faible au contrat, les protections issues de la loi sont plus nombreuses. Mais il nous semble qu'une donnée essen-

tielle fait défaut pour connaître l'effet de la contractualisation en Europe, c'est celle du nombre de licenciement ou de non renouvellement de contrat d'emploi public pays par pays. En vérité, les fonctions publiques sont à un rond-point, soit pour l'occuper, soit pour choisir une de ces directions.

III. Les systèmes européens de fonction publique

Classiquement, les systèmes de fonction publique prennent place entre deux catégories dogmatiques : le système de l'emploi et celui de la carrière⁵.

Le système de l'emploi repose sur l'indifférenciation entre un emploi privé et un emploi public. En fond de tableau, l'idéologie économique gauchit l'emploi public d'où il ressort qu'il n'est pas un véritable emploi et qu'il grève l'économie en absorbant des moyens utiles à la liberté d'agir des opérateurs et entrepreneurs privés. D'un point de vue plus pragmatique, ce système implique une carrière qui dépend des choix de l'agent. S'il veut « progresser » il doit présenter sa candidature au recrutement sur un autre emploi plus qualifié, mieux rémunéré. Ce système a un caractère discrétionnaire et un caractère précaire. Discrétionnaire en ce que le recrutement, la progression de la rémunération, les conditions précises de travail sont à la discrétion et à la décision de l'employeur public. Précaire dans la mesure où le licenciement pour suppression d'emploi c'est-à-dire pour des motifs économiques est possible. Ce système de fonction publique a les faveurs du *New public management* (NPM)⁶. Celui-ci a traduit au niveau microéconomique les idées macroéconomiques néolibérales. Son ressort élémentaire s'exprime par les principes suivants de gestion des organisations⁷ : séparation stricte entre la prise de décision stratégique et la gestion opérationnelle ; orientation des activités administratives en fonction des services délivrés plutôt qu'en fonction de règles ou de procédures ; décentralisation de la décision gestionnaire ; abandon du statut de fonctionnaire et introduction d'incitations des salariés à la performance ; application des mécanismes de marché dans toutes les offres de services administratifs ; logique de transparence ; participation des usagers-clients à la définition et à l'évaluation des politiques publiques. On sait que le

⁵ Voir A. TAILLEFAIT, « Fonction publique française : l'éloignement du système de la carrière, in : Haquet/Camguilhem (dir.), *L'avenir du statut général de la fonction publique*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 45.

⁶ Voir Christopher POLITT / Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis – Into the Age of Austerity*, Oxford University Press, 2017.

⁷ Nous reprenons ici l'énumération des principes du NPM faite par les professeurs de sciences de gestion Yves CHAPPOZ et Pierre-Charles PUPION dans « Le New Public management », *Revue Gestion et management public* n° 2, déc. 2012, p. 1.

NPM fait du système de l'emploi une source de tension permanente dans la vie sociale entre sa logique propre et le but global qu'il est destiné à servir.

Le système de la carrière n'est pas un terreau fertile pour la colonisation du droit de la fonction publique par les principes néolibéraux de la microéconomie. Le trait le plus frappant est que les missions de fonction publique ne peuvent faire l'objet d'un négoce. Le statut est (ou devrait être) une réglementation imposée aux fonctionnaires sans possibilité de négociation. Le traitement de la rémunération est donc attaché à la fonction et non à celui qui l'exerce. Les obligations du fonctionnaire rognent ses droits de citoyen. Les sujétions hiérarchiques sont marquées par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui confine parfois à l'arbitraire et qui décide au moyen d'actes administratifs unilatéraux. Ce qui caractérise encore davantage ce système est que le fonctionnaire est censé assuré de conserver son emploi jusqu'à l'heure de la retraite. La continuité du service public se réfléchit dans la continuité de la relation professionnelle. La stabilité de l'emploi préserve d'une grande manière contre la discontinuité des gouvernements de toutes sortes et l'arbitraire qui peut les tenter. Cela dit on ne peut pas renier que ce système de fonction publique de carrière a fait les frais de l'ouverture internationale des États et de la diffusion de « l'esprit de concurrence » à côté ou pour absorber « l'esprit de service public ». La fonction publique en Europe n'a pas échappé à ce qui a été présenté comme le « sens de l'histoire »⁸. Cependant, en fin de compte, de manière irrésistible, « [P]uissance exorbitante, l'État dicte sa loi plus volontiers qu'il ne contracte »⁹.

IV. Le contrat de droit privé comme source autonome des droits de la fonction publique

Depuis les années 80, dans certains pays, le terme même de « fonction publique » disparaît des textes, réglementaires comme contractuels, qui visent les personnels exécutant des fonctions qui jusque-là relevaient explicitement, souvent exclusivement, du secteur public. En Suisse et aux Pays-Bas la référence aux « fonctions publiques » s'évanouit pour signifier que les collectivités publiques sont des organisations comme les autres. Leur reconnaître une spécificité revient à troubler le fonctionnement du marché. « Le gouvernement néolibéral, démontrait Michel Foucault¹⁰, n'a pas à corriger les effets destructeurs du marché sur la société », au moyen d'une fonction publique statutaire

⁸ A. Bretonneau conclusions sur CE ass., 18 mai 2018, *CFDT Finances*, req. n° 414583, *Revue franç. d'administration publ.* 2018, p. 649.

⁹ A. SUPIOT, « Introduction » à *Servir l'intérêt général*, Presses universitaires de France, 2000, p. 13.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : Leçon du Collège de France du 14 février 1979*, EHESS/Gallimard/Seuil, 2004, p. 151.

pourrait-on ajouter. « Il n'a pas à constituer, en quelque sorte, un contrepoint ou un écran entre la société et les processus économiques. Il a à intervenir sur la société elle-même dans sa trame et dans son épaisseur. Il a, au fond, à intervenir sur cette société pour que les mécanismes concurrentiels, à chaque instant et en chaque point de l'épaisseur sociale, puissent jouer un rôle de régulateur. » Le NPM a donné une formalisation technique à ce projet de société. En particulier, cela s'est traduit par une gestion des personnels de l'Administration, ou de ses affidés, privilégiant le recours au contrat de droit privé. Les Pays-Bas (2014), les États scandinaves (Danemark, Suède, Norvège, Islande, Finlande), l'Italie à partir des années 90, l'Estonie depuis 2012, se tournent vers l'instrument contractuel afin de copier son usage en vigueur dans l'entreprise privée. L'entreprise n'est pas simplement une institution, elle est aussi une manière de se comporter dans le champ économique et social. L'intention est que les personnels soient recrutés après avoir adressé leur *curriculum vitae* et après avoir subi un entretien d'embauche. Il n'y a pas de formation spécifique lors de la prise de fonctions. Deux situations vont donc produire leurs effets sur la gestion de ce type. D'une part les « managers » vont chercher à réduire les coûts du personnel en réduisant les rémunérations et donc en réduisant les qualifications exigées pour accomplir les fonctions « anciennement publiques ». Toutefois cela n'est possible que si l'économie n'est pas dans un état de plein emploi auquel cas l'« Administration » s'expose à de sérieuses difficultés de recrutement. Par exemple, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Suède, la distinction entre le secteur privé et le secteur public est floue et explique l'évolution de la condition enseignante. Le recrutement s'effectue sur appels à candidatures puis après une sélection par entretien des personnels qualifiés. Les conditions d'affectation, de mobilité ou de rémunération des enseignants sont soumises dans chacun de ces trois pays à des processus de décentralisation. La préférence des recruteurs de proximité est pour le contrat à durée déterminée. L'« Angleterre, les Pays-Bas et la Suède offrent à leurs enseignants des salaires moins élevés »¹¹ que dans le reste de l'Europe. Cependant la réduction rapide du sous-emploi dans la période récente alimente dans ces pays un débat sur la qualité des enseignants et sur la qualité de l'éducation en raison de la faible attractivité des métiers de l'enseignement. Les symptômes de cette situation sont le *turnover* des personnels, la baisse de la qualification c'est-à-dire l'obligation de recruter les femmes et les hommes qui ne l'ont pas été par les entreprises des autres secteurs de l'économie, notamment. Assez précarisés et peu rémunérés, les travailleurs choisissent plutôt d'éviter les emplois dits publics.

¹¹ F. LEFRESNE / R. RAKOCEVIC, « Le métier d'enseignant en Angleterre, aux Pays-Bas et en Suède. Les voies sinueuses d'une professionnalisation », *Éducation & Formations* n° 92, décembre 2016, p. 7.

V. La fragilité juridique de la source statutaire du droit des fonctions publiques européennes

Ce mouvement de contractualisation n'a pas été entravé par le droit statutaire de la fonction publique. La fragilité du statut est d'abord celle qui trouve son origine dans la construction juridique de l'Union européenne. Celle-ci a eu une influence comparable sur le droit des fonctions publiques européennes par le biais du principe de libre circulation des personnes et dans une moindre mesure par celui de l'égalité professionnelle entre les sexes. Tant les directives que la jurisprudence de la Cour de justice ont diffusé une conception fonctionnelle de l'administration publique sous couvert d'une indifférence affirmée vis-à-vis des systèmes de fonction publique choisis par les États membres. La question est bien connue et ne mérite pas ici que l'on s'y attarde à nouveau¹².

Le parti pris de l'indifférenciation entre emploi public et privé constitue un pan du NPM. Il a été possible en raison de la fragilité des fondements juridiques de la condition statutaire des fonctionnaires. De tout temps, les systèmes de fonction publique sont des constructions historique et juridique¹³. Leur transformation, comme le passage du système de la carrière à celui de l'emploi, s'effectue plus ou moins rapidement selon le contexte culturel de chaque pays européen. Le droit de la fonction publique en vigueur au moment de cette bifurcation ne constitue jamais un frein, tout au plus parfois une source d'effets retardateurs. Plus difficile à mesurer est le fait qu'à notre connaissance la forme statutaire de la fonction publique, comme la notion de fonctionnaire au sens du droit français ne sont jamais protégés par des dispositions constitutionnelles en Europe. Cela n'est pas le cas en France. Cela ne l'est pas non plus ailleurs. L'Allemagne par exemple prévoit à l'article 33 alinéa IV de la Loi Fondamentale que « Le droit de la fonction publique doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat ». Cette Constitution fédérale ajoute cependant que « l'exercice de prérogatives de puissance publique appartient au titulaire d'une fonction permanente », ce qui juridiquement soulève des difficultés presque insurmontables de définition du fonctionnariat à maintenir.

La forme fédérale de l'État ou sa structuration en collectivité infra-étatiques à forte autonomie locale fait que le droit du travail et le droit administratif de la fonction publique dessinent des formes différenciées de distribution des compétences entre les niveaux de gouvernement. Assez unanimement, l'État fédéral ou central définit le droit du travail. Il lui revient aussi mais seulement de déterminer le régime de la condition de ses propres agents et les principes généraux de la fonction publique nationale, à charge pour les

¹² Pour une étude exhaustive de la question : V. Jesus A. FUENTETAJA PASTOR, *Funcion publica y derecho europeo*, Thomson Reuters, coll. Civitas, 2018.

¹³ A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique. État. Collectivités locales. Hôpitaux. Statuts autonomes*, Dalloz, coll. Précis, novembre 2018, p. 3 et s.

autonomies locales de mettre au point le droit de leur fonction publique. À la multiplication des régimes organisant la condition des salariés par l'effet des conventions collectives correspond un éclatement des droits de fonction publique fixés par chaque entité locale autonome. L'exemple de la Suisse est particulièrement illustratif de cette situation d'éparpillement¹⁴.

VI. Les évolutions des fonctions publiques européennes

En regards de ces considérations, l'Europe continentale s'est dirigée vers le système de la carrière pour ses agents des administrations publiques, puis, *mutatis mutandis*, s'en est écartée ou, pour certains États, l'a abandonné sous l'influence du NPM.

Les Pays-Bas ont adopté la forme statutaire. La puissance publique y définit unilatéralement le régime de leur fonction publique. Mais dès les années quatre-vingt-dix, progressivement, elle a introduit un système de négociations collectives pour fixer les conditions de travail dans les administrations publiques. Le volant d'agents contractuels de droit public a été constamment important. Nouvelle étape, les administrations publiques néerlandaises ont laissé le « statut » en 2014 pour soumettre leurs employés au droit commun du contrat de travail, comme nous l'avons évoqué auparavant.

Dans les pays scandinaves le recours au contrat de travail et aux grands principes du NPM a joué au détriment de l'engagement statutaire dans la fonction publique. Au Danemark moins de 10 % des personnels de l'« Administration » sont des « fonctionnaires ». Depuis 1976 la Suède a progressivement entrepris un rapprochement entre son système de fonction publique, de carrière jusque-là, et celui du droit commun du travail. Elle utilise depuis lors le terme de salarié de l'administration (« *arbetstagare* »). Le droit privé du contrat s'applique chaque fois que la loi n'en a pas décidé autrement. La Finlande avait adopté en 1986 une loi confirmant et renforçant le système de la carrière. Les employés de l'État sont des fonctionnaires (« *virkamies, tjänsteman* »), même si une petite part est constituée par des agents contractuels, de droit privé d'ailleurs. En 1994, elle rapproche le statut du fonctionnaire de celui du salarié de droit privé, de l'État tout d'abord, puis de celui des entreprises par la suite.

Dans les pays baltes les mesures dites de « privatisation de la fonction publique » ont été brutales. La Lettonie en 2009 suspend le statut, licencie près de 30 % de ses « fonction-

¹⁴ S. PERRENOUD, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », dans Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre droit privé du travail et droit de la fonction publique. Droit suisse et droit comparé*, Schulthess, 2016, p. 184 et s.

naires ». L'Estonie en 2012 a aussi réduit ses effectifs d'agents de l'administration et soumis la quasi-totalité d'entre eux au régime du contrat de travail de droit commun.

Dans les pays de l'ancien « bloc de l'Est », après l'introduction du système de la carrière, un retournement est opéré dans les années 2000. La Pologne, par exemple, en réaction aux systèmes soviétiques de fonction publique qui reposaient sur une forme de système de l'emploi, avait adopté peu ou prou le système de la carrière à partir de 1982. Elle le retient à nouveau pour ses fonctionnaires en 2008 mais le nombre d'agents contractuels (de droit public) s'accroît encore aujourd'hui, plutôt pour les fonctions d'exécution. La Roumanie, tout en maintenant les grandes lignes du système de la carrière, décide en 2009 une réduction de près de 30% de la rémunération de ses agents publics.

On sait que la fonction publique allemande est duale. Une part minoritaire est composée de fonctionnaires (« *Beamtenrecht* »), une autre d'employés relevant du droit privé du travail (« *Arbeitsrecht* »). Dans l'État fédéral allemand aussi, le droit privé du travail est presque entièrement un droit fédéral. Le droit de la fonction publique relève du droit fédéral en ce qui concerne la condition des agents des administrations fédérales ainsi que les principes généraux concernant tous les fonctionnaires des administrations publiques, principes définis par une loi-cadre de 1999. Les Länder ont chacun une législation propre pour leurs fonctionnaires élaborée en marge de la Constitution et de la législation fédérale. Comme les fonctionnaires exercent plutôt des fonctions régaliennes, ils ont été assez peu concernés par le NPM.

En Suisse, la Constitution fédérale n'impose pas de soumettre les relations de travail au sein des administrations publiques au droit public. Depuis 1927, cependant, la condition des agents de l'administration est réglée par un statut relevant du système de fonction publique de la carrière et complété par des règlements d'exécution. Il a été abrogé en 2000 pour se tourner vers la réglementation du contrat de travail salarié. Cette tendance s'est accentuée lors d'une révision de 2012. Brève, cette loi « fixe le cadre dans lequel le Conseil fédéral, les employeurs et les partenaires sociaux peuvent organiser avec souplesse les rapports de travail ». Elle a donc la nature d'une loi cadre qui permet le rapprochement voire la similitude avec les dispositions du Code des obligations : les fonctionnaires sont désormais des employés recrutés par contrat. Ces contrats sont par principe des contrats de droit public mais le droit civil des obligations s'applique à titre supplétif, dans le silence des textes fédéraux et cantonaux. Privatisation supplémentaire du droit de la condition des agents des administrations, celles-ci peuvent soumettre directement certains rapports de travail aux dispositions du Code des obligations, « lorsque cette mesure se justifie ». Un contentieux important se développe devant le Tribunal fédéral sur l'application de ce principe.

Le Portugal, l'Italie, l'Espagne et la Belgique ont été assez fortement influencés par le système français de fonction publique. Ils s'en sont éloignés plus ou moins fortement, chacun d'une façon assez différente.

Le Portugal accueille largement le système de l'emploi à partir de 2008, réduit ses effectifs de la fonction publique de plus de 10 % et bascule près de 90% des effectifs restant dans un cadre contractuel (plutôt de droit public).

En Italie, le premier statut général de la fonction publique de l'État a été adopté en 1908. La diffusion du recours aux contrats dans la fonction publique (conventions collectives et contrats d'embauche) s'est réalisée dans un premier temps en 1992-1993 pour concerner par la suite toutes les administrations publiques en 1997-1998. Une part minime des personnels cependant conserve leur condition statutaire (fonctions régaliennes et universitaires). En 2009, le législateur soumet les régimes résultant des conventions collectives à une autorisation explicite de la loi pour contrecarrer la tournure qu'a prise la « privatisation ». La « réforme Brunetta » a pour objet notamment d'éviter que ne se multiplient les régimes dérogatoires par rapport au droit commun du travail, régimes obtenus par les syndicats lors des négociations collectives. On explique assez souvent que les statuts législatifs et réglementaires ont été remplacés par des statuts mis au point par les syndicats. L'Italie s'en remet à nouveau à la loi pour éviter ou limiter ces tendances.

En Espagne, une loi de 1984 sur les mesures de réforme de la fonction publique confirme l'application du système de la carrière à la fonction publique. Elle règle les statuts de corps d'emplois tout en réduisant leur nombre. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle réaffirme par la suite le principe de l'exclusivité du recours à des engagements statutaires, le recours au contrat étant une exception autorisée par la loi. La loi de 2007 sur le Statut de base de l'employé public offre un cadre commun à l'ensemble des « administrations publiques » afin qu'elles puissent adapter le régime de la condition de leurs personnels à leurs projets et spécificités. Toutefois, le droit commun du travail est entièrement réservé à l'État. En ce qui concerne le droit de fonction publique, les bases du régime statutaire des fonctionnaires relèvent de l'État, pour le reste des autonomies locales. Celles-ci ont toutes adopté des lois de fonction publique lesquelles organisent des régimes proches sinon similaires. Il demeure que cet ensemble législatif prévoit qu'à titre d'exceptions entendues de plus en plus largement, les administrations publiques peuvent recruter des agents contractuels relevant du droit privé du travail. L'incitation du NPM à multiplier ce type de contrat joue de manière différenciée selon les territoires. Pour autant, depuis 2011 tous ont été concernés par la baisse des rémunérations, la réduction des droits à congé et l'accroissement du temps de travail. Les fonctionnaires peuvent aussi désormais être licenciés pour un motif économique c'est-à-dire licenciés pour suppression d'emploi.

En Belgique, jusqu'en 2014, les personnels des administrations publiques relèvent d'un système de la carrière inspirée par la France. Mais la Belgique est un État fédéral. Le régime concernant les personnels administratifs est défini par les Communautés et les Régions mais dans le respect d'un arrêté royal définissant des principes généraux des fonctionnaires fédéraux. Cet arrêté a été de nombreuses fois modifié pour accorder davantage de marges de manœuvre aux autonomies locales. Toutefois il impose le recours à des fonctionnaires et non à des contractuels. Depuis 2014, l'arrêté a été abrogé. Même si elles n'ont pas encore véritablement utilisé cette nouvelle liberté, les Communautés et les Régions fixent elles-mêmes les règles organisant la condition de leurs personnels. D'une certaine manière, c'est aussi le cas pour les 10 provinces et les 589 communes de sorte qu'il n'existe pas un « droit de la fonction publique belge », mais « un droit de fonction publique belge » qui règle la seule condition des fonctionnaires. L'engagement statutaire est donc le principe, l'engagement contractuel l'exception. Cependant à chaque niveau d'administration, le nombre des agents contractuels croît. Le contrat en question est de droit privé c'est-à-dire soumis au droit fédéral du travail ; la Belgique ignorant la notion d'agent contractuel de droit public.

La France, enfin, évite le Statut des fonctionnaires. Celui-ci est le résultat juridique d'une articulation entre le statut général de nature législative et les statuts particuliers de nature réglementaire. Il y a action d'éviter dans la mesure où les statuts particuliers sont de moins en moins nombreux, qu'ils définissent de plus en plus des métiers plutôt que des fonctions et que la mobilité extra corps ou cadre d'emplois est favorisée de nombreuses manières.

Ainsi donc, la référence au statut à laquelle se trouvaient suspendu les fonctions publiques de l'Europe s'est considérablement affaiblie à partir des années quatre-vingt-dix sans disparaître complètement. Une question pas ou peu élucidée consiste à se demander si les outils du management, dont la croyance dans les vertus du contrat de droit privé ou de droit public, demeurent des outils où s'ils transforment les fins de l'administration et de sa fonction publique. Par exemple, les moyens ne deviennent-ils pas leur propre fin ? Cette difficile question peut être contournée en observant qu'en Europe, le NPM n'est pas aussi irrésistible qu'on a pu l'affirmer¹⁵.

¹⁵ J.-M. LEMOYNE DE FORGES, « Le respect des règles européennes : adaptation passive ou dynamique de l'emploi public ? », in : H. Pauliat (dir.), *L'emploi public en Europe*, PULIM, 2004, p. 85) écrit que le NPM est un « phénomène irrésistible à vocation planétaire ».

VII. La tendance au réinvestissement statutaire du droit de la fonction publique

La théorie de l'indifférenciation a toujours eu des difficultés à rendre compte des réalités administratives. L'emploi public demeure souvent un emploi spécifique dont le droit concernant la fonction publique doit tenir compte.

Ce particularisme ou plus modestement ces particularités sont prises en considération par les conventions collectives puis formalisée dans les contrats d'emplois. Toutefois cela varie d'un pays européen à l'autre. Le rapport de force entre l'administration et les organisations syndicales est déterminant. En Italie par exemple, de nombreux observateurs s'interrogent sur la validité du système de fonction publique en vigueur depuis 2009. « Beaucoup de monde pense aujourd'hui, en Italie, que le système était plus efficace avant la contractualisation. Le cadre est plus difficile à gérer, la flexibilité impose d'assumer plus de responsabilités. »¹⁶

Le recours au contrat de recrutement relevant du droit privé ne peut éviter « la politisation » de l'emploi public, surtout au niveau local. C'est net en Belgique, en Italie, en France pour les emplois publics locaux fonctionnels ou de catégorie C.

Le droit privé et le juge judiciaire chargée de son application sont souvent indifférents à la situation précontractuelle et au déroulement de la procédure de sélection. En Europe, ici réside probablement la différence cardinale entre le contrat de recrutement de droit privé et celui de droit public pour lequel l'égalité d'accès à la fonction publique est un principe protecteur de droit public. Le droit civil du travail se cantonne à régler les relations entre les employeurs et leurs employés, c'est-à-dire un personnel déjà recruté.

La professionnalisation de ce personnel est un enjeu capital pour la qualité de la fonction publique. La plupart des États européens ont donc renoué avec la formation initiale et continue des agents de l'administration. C'est ce que montrent exemplairement les Pays-Bas qui ont mis en place un temps d'apprentissage avant l'occupation d'un emploi public. Dans ce pays, l'attractivité de la fonction publique est passée par une précarisation moins forte de la condition des agents de l'administration. La loi a imposé des recrutements en contrat à durée indéterminée. En période de plein emploi, en effet, les administrations publiques rencontrent des difficultés à conclure des contrats de recrutement. Les exigences de qualifications sont plus faibles et amènent les employeurs publics à mettre en place des formations initiales et continues coûteuses, comme aux Pays-Bas, notamment pour la professionnalisation des enseignants. Au regard de ces observations, il est

¹⁶ R. RUFFINI, « Enjeux et risques d'une contractualisation générale de l'emploi public en Italie », in : H. Pauliat (dir.), *L'emploi public en Europe*, PULIM, 2004, p. 212

rappelé que le système de la carrière amène l'administration à employer des fonctionnaires pour de longue période. Elle doit donc anticiper l'évolution de ses emplois au moyen d'une gestion prévisionnelle des effectifs qui repose non seulement sur l'évolution de ses moyens financiers mais aussi et surtout sur les compétences des personnels, sur leur formation et leur adaptabilité. Si on n'y prend pas garde, la contractualisation conduit à faire preuve de paresse gestionnaire et à procéder à des adaptations à court terme.

En Allemagne, autre exemple, les conventions collectives concernant les employés (de droit privé) des administrations publiques ont opéré progressivement un rapprochement avec les droits et obligations des fonctionnaires. Il existe aussi une assez forte stabilité de l'emploi de ces personnels.

En définitive, vue de France, ces évolutions à rebours de la contractualisation du droit des recrutements des personnels des administrations publiques ressemblent à la situation des entreprises publiques dites « à statut » pour lesquelles notre code du travail (art. L. 2233-1) prévoit que « des conventions ou des accords d'entreprises peuvent compléter les dispositions statutaires ou déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut ». Cela dit, la France banalise la condition des personnels de ces entreprises publiques telle la Société nationale des chemins de fers¹⁷ au moment où d'autres pays s'interrogent sur l'efficacité économique et sociale de ce processus.

De leur côté, les contrats de droit public s'inspirent de plus en plus du statut des fonctionnaires. En Italie, le contrat est assez peu une source autonome du droit de la fonction publique. Il doit être conforme à un contrat type sans une véritable préoccupation de personnalisation. Les licenciements ne semblent pas plus nombreux qu'avant la « privatisation ». En Allemagne, la pente a été aussi assez statutaire pour les emplois publics contractuels. Les conventions collectives qui les concernent seulement ont mis au point un droit qui se rapproche du statut applicable aux fonctionnaires de sorte par exemple que la stabilité de l'emploi y est très forte. En Espagne, la loi cadre de 2007 vise les « employés publics » et fixe quelques règles minimales de protection communes aux fonctionnaires et aux agents contractuels, lesquelles règles tendent à faire de ces agents, des agents contractuels de droit public. Au Portugal, le temps de travail hebdomadaire des fonctionnaires avait été porté en 2013 à 40 heures afin de procéder à un alignement avec le secteur privé, dans le cadre de l'austérité mise en place en échange d'un plan d'aide international octroyé en 2011. En 2017, les 35 heures dans la fonction publique ont été rétablies.

¹⁷ Voir Ch.-A. GARGAR, « La loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire. Nouvelle étape de la banalisation du droit applicable au personnel des entreprises publiques », *Droit social* n° 2 février 2019, p. 107.

La source légale et réglementaire connaît un relatif renouveau en Europe. D'une double manière. Les contrats de droit privé sont pris dans un réseau de contraintes juridiques dans lequel la loi occupe une place progressivement plus grande. Les contrats de droit public renvoient de plus en plus à des sources légales et réglementaires.

En définitive, comme l'éclairage suggestif de notre collègue le professeur Thierry TANQUEREL le montre, « 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 »¹⁸.

Aucun pays européen n'échappe au fait que le problème des activités publiques est maintenu constamment ouvert par le réformisme fiévreux et permanent des élites gouvernantes. Le droit des marchés publics, excellemment analysé par le professeur Étienne Poltier, en est une illustration saisissante. La fonction publique en Europe n'en est pas moins remarquable de ce point de vue. Cependant, la résistance des fonctionnaires contre la disparition de leur condition statutaire s'explique assez simplement par un sentiment de précarisation de la condition des salariés du secteur privé. Pendant l'entre-deux-guerres en France, les fonctionnaires se sont mobilisés pour dénoncer les intentions statutaires des pouvoirs publics et revendiquer l'application du droit du travail et des protections, droits et garanties plus grandes dont bénéficiaient les ouvriers des usines par exemple. À l'époque le terme « statut » les effraie. Lorsque le contrat devient aujourd'hui une source autonome de la relation professionnelle, l'égalité des droits des cocontractants est une fiction qui peine à formaliser l'égalité réelle. Le droit civil des obligations pour organiser le louage de service ne peut qu'être un repoussoir, sauf au préalable à paupériser la condition des citoyens en recherche d'emplois¹⁹...

¹⁸ T. TANQUEREL, « De quelques idées reçues en droit de la fonction publique » in : *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Schulthess, 2015, p. 312.

¹⁹ Voir « Précarité, automatisation... L'Europe face aux mutations de l'emploi », *Le Monde* 4 avril 2019, p. 14-15.

Hoheitliches Handeln von Privaten

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung	781
I. Staat und Gesellschaft: Verwischung der Konturen	782
A. Vom Sinn des Zwei-Sphären-Modells	782
B. Verhüllung der Staatsgewalt	784
C. Vormarsch der Privatherrschaft	785
II. Private in der Verwaltung: Zwei Abgrenzungskriterien	786
A. Unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ...	787
B. ... durch Private als Verwaltungsträger	789
III. Hoheitlichkeit in Händen Privater: Drei Handlungsformen	791
A. Rechtsetzung	791
B. Erlass von Verfügungen	793
C. Unmittelbarer Vollzug	794
Schluss	796
Literaturverzeichnis	797

Einleitung

Vor einigen Jahren (2011, um genau zu sein) musste sich das Bundesgericht über eine Geschichte rund um zertifizierten Greyerzer Käse beugen.¹ Was war geschehen? Die Cremo SA hatte bei der Herstellung von «Gruyère AOC» angeblich gegen das zugehörige Pflichtenheft verstossen, worauf sie von der Zertifizierungsstelle mit zwei «points de pénalité» belegt wurde; zudem drohte ihr der Entzug des Zertifikats. Die angerufenen Vorinstanzen wollten von der Angelegenheit nichts wissen, der Streit gehöre vor die Ziviljustiz. Das Bundesgericht sah es am Ende anders: Die Beziehung zwischen Zertifizierungsstelle und Produzent sei nach der Konzeption des Landwirtschaftsgesetzes öffentlich-rechtlicher Natur und die Zertifizierungsstelle selbst – eine privatrechtliche

* Professor em., Universität Bern.

¹ BGE 138 II 134.

Gesellschaft – im Besitz hoheitlicher Befugnisse. Sanktion und angedrohter Entzug des Zertifikats stellten sich folglich als Verfügung dar. So weit, so gut. Aber der Weg dorthin! Die Verfügungsbefugnis der Zertifizierungsstelle herzuleiten war einfach, zweieinhalb Seiten genügten dafür.² Die Rechtsnatur der Beziehungen zum Produzenten hingegen – sie war vorab zu klären – stand erst nach 20 (zwanzig!) Seiten fest.³

Damit liegt das Elend des heutigen Verwaltungsorganisationsrechts offen zutage. Private in der Verwaltung handeln manchmal als Staat, manchmal auch nicht; handeln sie als Staat, dann vielleicht hoheitlich, vielleicht konsensual, vielleicht bloss real bar jeder Rechtswirkung. Niemand hat den Durchblick. Dabei ist es aus Bürgersicht keine Nebensache, ob Private das sind, wonach sie scheinen (nämlich kommune Subjekte der Zivilgesellschaft), oder ob sie sich trotz privaten Umhangs als Hoheitsträger entpuppen. Genau davon handelt dieser Beitrag: Das Interesse gilt den Hoheitsbefugnissen privater Akteure (III) sowie den vorweg zu erfüllenden Bedingungen (II). Zuerst aber lohnt sich ein Blick auf die Gründe der neuen Unübersichtlichkeit (I).

I. Staat und Gesellschaft: Verwischung der Konturen

Behörden regulieren, ordnen an und setzen durch; Private verhandeln, schliessen Verträge und klagen vor Gericht: So lässt sich der Unterschied zwischen amtlicher und bürgerlicher Handlungsweise im Rechtsverkehr beschreiben; Staat und Gesellschaft stehen einem gängigen Bild zufolge für zwei eigene Sphären.

A. Vom Sinn des Zwei-Sphären-Modells

Gewiss, das Zwei-Sphären-Modell hat Schwächen. Die Gesellschaft verkörpert kein in sich geschlossenes Ganzes; gegenteils erscheint sie als offenes und wandelbares System, das sich aus einer Vielzahl und Vielfalt einzelner Subsysteme zusammensetzt. Ausserdem tritt sie dem Staat auch nicht unvermittelt entgegen. Der Staat und seine Handlungseinheiten rekrutieren sich ja wesentlich aus den gleichen Individuen, die ansonsten im bürgerlichen Leben stehen. Kurz, «Staat» und «Gesellschaft» bezeichnen lediglich zwei Arten von Handlungsgefügen innerhalb ein und desselben Gemeinwesens.

Wahr ist aber auch dies: In Staat und Gesellschaft herrschen je unterschiedliche Leitprinzipien – Gemeinwohlverpflichtung einerseits, Privatautonomie andererseits. Die Gemeinwohlverpflichtung wiederum autorisiert die vorrangige Regelungsmacht des Staats

² A.a.O., E. 5 S. 158–160.

³ A.a.O., E. 4 S. 137–158.

und die daraus folgenden Anordnungs- und Vollstreckungsprivilegien seiner Behörden, also die Staatsgewalt (oder in anderen Worten: die Höchstmächtigkeit des Staats in der Bestimmung, Gestaltung und Durchsetzung der gemeinsamen Angelegenheiten). Der Staat duldet daher auch keine unkontrollierten Ordnungsinstanzen in seinem Inneren, weder Reservate wirtschaftlicher Macht noch abgeschlossene Parallelgesellschaften oder autonome Sicherheitskräfte.

Soviel gilt ebenso – und erst recht – im Kontext von Rechtsstaat und Demokratie. Rechtsstaatlich verpflichtete Staatsgewalt will die Gewährleistung gesellschaftlicher Ordnung durch Herrschaft allein des Rechts und auferlegt dem Bürger als Kehrseite davon Gewaltverzicht und Friedenspflicht; demokratisch verpflichtete Staatsgewalt lässt die Bürger in allgemeiner, gleicher und freier Weise an der Setzung des Rechts teilhaben, sei es mittelbar über die Volkswahl des Parlaments oder unmittelbar dank regulärer Sachentscheidungsbefugnisse.

Demokratie und Rechtsstaat fordern allerdings ihren Preis: Die Inhaber der Staatsgewalt treffen auf eine Reihe eigens auf sie gemünzter Einschränkungen in Gestalt des öffentlichen Rechts. Staatliches Handeln ist an Gesetzmässigkeit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Grundrechte gebunden (Private bewegen sich innerhalb der rechtlichen Rahmenordnung autonom und grundrechtsbewehrt); Verwaltungsfunktionäre unterstehen der Dienstaufsicht und Verwaltungsträger der parlamentarischen Oberaufsicht (nichts davon trifft auf Private zu); für die Verwaltung gilt das Öffentlichkeitsprinzip (Bürger können sich auf Persönlichkeitsschutz und Privatsphäre berufen); amtliche Anordnungen ergehen in gesetzlich geregelten Verfahren (Verträge nicht); für Schaden haftet der Staat grundsätzlich kausal (Private weithin nur bei Verschulden).

Nun sind diese Sonderbindungen nicht nur Prämien zulasten des Staats. Zugleich wirken sie als Signal an die Adresse der Bürger: Der Staat gibt seinen Herrschaftsvorsprung zu erkennen (ohne Herrschaftsvorsprung bestünde ja kein Grund für die zahlreichen Restriktionen). Das hat den Vorteil der Aufrichtigkeit. Schon deshalb bilden die Sonderbindungen ein Paket aufeinander abgestimmter Elemente, die man nicht ohne Schaden umherschieben, kombinieren oder abwählen kann. Der Schaden? Unübersichtlichkeit und Ungewissheit zuerst, vor allem aber Verschleierung der für Staat und Gesellschaft massgeblichen Leitprinzipien. In Teilen ist der Schaden bereits eingetreten. Er rührt von zwei gegenläufigen Entwicklungen her, die sich im Ergebnis kumulieren: Der Staat gibt sich in seinen Auftritten zunehmend privat, einerseits; und andererseits verlässt er sich für seine Aufgaben mehr und mehr auf Private.

B. Verhüllung der Staatsgewalt

Der Staat gibt sich in seinen Auftritten zunehmend privat, das war die erste Behauptung. Sie lässt sich leicht belegen. Vorweg aber dies: Aufgabenprivatisierung im Sinne eines Aufgabenverzichts ist nicht das Thema. Wir sprechen von Situationen, in denen der Staat seine hoheitlichen Insignien zumindest in Teilen ablegt und stattdessen zu bürgerlich anmutenden Garderoben und Umgangsformen greift. Immer noch also geht es um die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch staatliche Akteure. Zwei Erscheinungen sind von Interesse, sie betreffen die Verwaltungsorganisation und die Handlungsformen.

Die Verwaltungsorganisation zuerst: Hier sind die Kategorien völliger Verwilderung anheimgefallen. Der Bundesrat operiert zur Einordnung der Verwaltungsaktivitäten mit vier «Aufgabentypen», wenige Jahre davor war ein «4-Kreise-Modell» angesagt.⁴ Darüber kann man hinwegsehen; die Konzepte hatten wenig mehr als Anschauungswert. Ärgerlicher wirken die Dispositionen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes. Das Gesetz unterscheidet zwischen Zentralverwaltung, dezentraler Verwaltung sowie «Organisationen und Personen ..., die nicht der Bundesverwaltung angehören»; für die letzte Gruppe soll die Marktnähe bestimmend sein.⁵ Als Folge davon taucht eine Reihe bekannter Akteure im amtlichen Organigramm nicht mehr auf: die SUVA zum Beispiel (eine öffentlich-rechtliche Anstalt), Bundesbahn, Post oder Swisscom (spezialgesetzliche Aktiengesellschaften), Postfinance und Rüstungsbetriebe (privatrechtliche Aktiengesellschaften); sie alle wurden zur «Nicht-Verwaltung» umetikettiert.⁶ Dabei hätte sich die Verwaltungsorganisation nach den Verwaltungsaufgaben zu richten: Sie endet, wo die Verwaltungsfunktion endet – erst dort und nicht bereits sobald Dienstleistungen am Markt erbracht werden.

Sodann die Handlungsformen: Auch hier neigt der Staat zur Selbstverleugnung. Mancher Service public wird nach spezialgesetzlicher Anordnung auf dem Boden des Zivilrechts erbracht (die Personenbeförderung im öffentlichen Linienverkehr, die Leistungen der Post selbst in der Grundversorgung).⁷ Informelle Absprachen sind erklärermassen dazu bestimmt, hoheitliche Interventionen abzuwenden (Verständigungsmechanismen dieser Art gibt es in der Preisüberwachung und im Kartellrecht; vergleichbar verhält es sich mit der umweltrechtlich vorgesehenen Förderung von Branchenvereinbarungen durch Vorgabe von Zielen und Fristen).⁸ Die amtlichen Warnungen und Empfehlungen zählen

⁴ Bericht des Bundesrats zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben vom 13. September 2006, BBl 2006 8233, 8258 ff.; Bericht über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3535, 3538 ff.

⁵ Art. 2 RVOG; Art. 6 Abs. 3 RVOV. Näheres bei BIAGGINI, Komm. BV, Art. 178 Rz. 6 f.

⁶ Vgl. Anhang 1 zur RVOV e contrario.

⁷ Art. 56 Abs. 1 PBG; Art. 11 Abs. 1 POG.

⁸ Art. 9 PüG; Art. 29 KG; Art. 41a Abs. 2 USG.

ebenfalls zum Repertoire der sanften Handlungsformen (gesetzliche Grundlagen hierfür bestehen etwa im Energie-, Umwelt- und Lebensmittelrecht).⁹

Über die Motive der Herrschaftsmaskerade ist hier nicht weiter zu sprechen (sie sind wohlbekannt: man erhofft sich Effizienz und Marktfähigkeit, Kooperativität und Bürgernähe – und will in Zeiten neoliberaler Moden nicht zu sehr abseits stehen).¹⁰ Aufmerksamkeit verdienen hingegen die Auswirkungen auf die eingangs genannten Sonderbindungen des öffentlichen Rechts: Ihr Wirkungsgrad nimmt deutlich ab. Zivilrechtliche Verträge beeinträchtigen Rechtsgleichheit und Drittrechtsschutz; informelle Absprachen bergen das Risiko von Vollzugsdefiziten; Warnungen und Empfehlungen kranken an minderer Steuerungskraft. Am deutlichsten zeigen sich die Zerfallserscheinungen bei den marktnah agierenden Aktiengesellschaften: An die Stelle begleitender Aufsicht und verhaltenslenkender Rechtsnormen – unter dem Gesichtspunkt von Gesetzmässigkeit und politischer Verantwortlichkeit kein Nebenpunkt – treten periodisch betätigte Hebel aus dem Werkzeugkasten der Ökonomie wie Eignerstrategien, Leistungsaufträge, Gewinnerwartungen, Berichtspflichten.¹¹ Das Gemeinwohlinteresse sieht sich von aufgabenfremden Wirtschaftsinteressen überlagert; die Grundrechtsbindung muss stets aufs Neue herbeikonstruiert werden. Wohin der Hang zur Monetarisierung aller Verwaltungsaktivitäten führen kann, erkennt man exemplarisch bei Post und Bahn: Sie verstehen sich selbst nicht mehr als Staat; es muss dann auch niemanden wundern, wenn sie zur Schönung der Bilanzen die Wohltaten kreativer Buchführung entdecken. Man mag mir übertriebenen Pessimismus vorwerfen. Eines aber ist nicht zu bestreiten: Mit dem Abbau sichtbarer Staatlichkeit bei Organisations- und Handlungsformen geht eine Schwächung öffentlich-rechtlicher Sicherungen zum Schutz der Bürger vor dem Staat einher.¹²

C. Vormarsch der Privatherrschaft

Die Konturen der staatlichen und privaten Wirkungskreise verschwimmen auch deshalb, weil sich der Staat für seine Aufgaben mehr und mehr auf Private verlässt, so die zweite Behauptung (auf echte Private, um jedes Missverständnis auszuschliessen). Auch hier ist die Lage offensichtlich. Das Gemeinwesen rechnet mit privaten Akteuren, privaten Standards und privater Selbstregulierung. Die Beweggründe ähneln jenen, die bereits hinter der Neigung des Staats zum stillen Auftritt standen. Zusätzlich handelt es sich darum,

⁹ Art. 47 EnG; Art. 10e USG; Art. 24, 54 LMG.

¹⁰ Vgl. nur TANQUEREL, *Droit administratif*, Rz. 97 ff.

¹¹ Am Beispiel der Bundesbahn: Art. 8 SBBG sowie BBl 2018 7915 (Strategische Ziele des Bundesrats für die SBB AG 2019–2022 vom 14. Dezember 2018).

¹² Näher zur Problematik MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, 115 ff.

privates Fachwissen zu nutzen; auch der Subsidiaritätsgedanke mag eine Rolle spielen.¹³ Umsonst zu haben ist dies alles nicht. Das Gemeinwesen büsst an Sachkompetenz ein, es riskiert Autoritätsverluste, weiter auch die Selbstbegünstigung der Privaten bis hin zur Darstellung partikulärer Interessen als Allgemeininteresse und die Umwandlung öffentlicher Dienste in private Pfründe.

Nun gehört kooperatives Agieren von Staat und Bürger seit je zur helvetischen Routine. Das liegt wesentlich am schweizerischen Staatsverständnis, wie jedermann weiss; Milizprinzip und Genossenschaftsidee mögen als Stichworte genügen.¹⁴ Ungewöhnlich wirken aber doch Art und Mass, wie Private in letzter Zeit zur Aufgabenerfüllung herangezogen werden. Längst geht es nicht mehr um Selbstverwaltung im örtlichen oder gewerblichen Kontext. Wir sehen vielmehr eine Externalisierung von Aufgaben, die genauso von staatlichen Trägern besorgt werden könnten und die tradierterweise auch prioritär in staatliche Hände gegeben oder dort belassen worden wären. Von neuer Feudalisierung wollen wir noch nicht sprechen (immerhin, die «Beleihung» heisst nicht zufällig so). Aber mit jeder Inklusion gesellschaftlicher Subjekte in die Verwaltung generiert man Akteure, die etwas mehr sind als gewöhnliche Bürger. Es bildet sich eine Klasse besonders bemächtigter Privater zwischen Staat und übrigen Privaten, was in eine staatlich geduldete Fremdbestimmung von Privaten durch Private münden kann. Gewiss sind die herausgehobenen Privaten nur nominal privat; funktional handeln sie ja als Staat oder für den Staat. Doch dies gerät gerne aus dem Blick. Kurzum, wir stehen vor einer Parzellierung und Personifizierung von Teilen der Staatsgewalt.

II. Private in der Verwaltung: Zwei Abgrenzungskriterien

Private in der Verwaltung erledigen unterschiedlichste Dinge, von nebensächlichen Hilferreichungen bis hin zur hoheitlichen Regelung von Rechten und Pflichten. Hoheitliches Handeln wiederum – die Extremform privaten Wirkens in der Verwaltung – kommt nur unter zwei Vorbedingungen in Betracht: Die Handlung des privaten Akteurs muss zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienen, und sie muss ihm als Verwaltungsträger zugerechnet werden können. Davon nun das Folgende.

¹³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1791 f.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, 112 ff.

¹⁴ LINDER/MUELLER, Demokratie, 90 ff.; MÜLLER, Droit administratif, 72 ff.

A. Unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ...

Als Verwaltungsaufgaben gelten gemeinhin die sachgesetzlich vermittelten Einzelaufträge an die Adresse des Gemeinwesens. Sie implizieren die Pflicht, bestimmte vom Gesetzgeber erwartete Ergebnisse tätig zu bewirken. Ein solcher Auftrag erschöpft sich nicht in blosser Rechtsanwendung. Von Verwaltungs«aufgabe» ist gegenteils erst zu sprechen, wenn das Gemeinwesen in den Grenzen des Sachgesetzes über operative Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume verfügt und für das Erreichen oder Verfehlen der vorgegebenen Ziele die Letztverantwortung übernehmen muss.¹⁵ Wegen der begriffsimmanenten Unschärfe neigt die Praxis dazu, auch gewisse Nebentätigkeiten in den Kreis der Verwaltungsaufgabe mit einzubeziehen (wohl nicht zuletzt um die Grundrechtsbindung einfacher herleiten zu können).¹⁶ Im Übrigen gilt: Wo die Verwaltungsaufgabe endet, endet spätestens auch jegliche Hoheitsgewalt.¹⁷

Damit folgt die Frage, wann ein privater Akteur in Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handelt. Am einfachsten liegen die Dinge bei Beleihungen (in der Westschweiz als «délégation» bezeichnet): in Fällen also, wo bestimmte Aufgaben auf zivilgesellschaftliche Privatrechtssubjekte übertragen werden (der Beliehene ist «délégataire de tâches publiques»). Weil Beleihungen die Universalzuständigkeit der Zentralverwaltung aufbrechen, müssen Gegenstand, Zweck und Ausmass der delegierten Verwaltungsbefugnisse im Gesetz selbst bezeichnet sein.¹⁸ Verwaltungsaufgaben erfüllen zufolge richterlicher Befunde die anerkannten Selbstregulierungsorganisationen zur Bekämpfung der Geldwäscherei¹⁹ oder vereidigte Übersetzer und selbständige Notare bei Ausfertigung beglaubigter Dokumente;²⁰ als Verwaltungsaufgabe galten weiter das Inkasso von Radio- und Fernsehgebühren durch die frühere Billag AG, die Zuteilung und Verwaltung von «ch»-Domain-Namen durch die Stiftung SWITCH, der Betrieb des medizinischen Notfalldienstes durch private Ärztegesellschaften, Sicherheitsprüfungen durch das Starkstro-

¹⁵ In diese Richtung auch BGE 140 II 112 E. 3.2.3 S. 120 sowie BGer, Urteil 2C_887/2010 vom 28.4.2011, E. 6. Vgl. die teils unterschiedlichen Begriffsbeschreibungen u.a. bei DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, Rz. 15 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 24 f.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, 137 ff.; RÜTSCHKE, Aufgaben, 157 ff. (dort auch Kasuistik, 155 ff.).

¹⁶ BGE 139 I 306 E. 3.2.2 S. 311 (Akquise von TV-Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Nebentätigkeit zur Finanzierung des Programmauftrags); 138 I 274 E. 1.4 S. 278 ff. (Bewirtschaftung von Werbeflächen in Bahnhöfen als Nebentätigkeit beim Betrieb der konzessionierten Bahninfrastruktur).

¹⁷ BGE 137 II 409 E. 7.2 S. 414; BVGE 2013/13 E. 5.2 S. 176.

¹⁸ BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201; 137 II 409 E. 6.3 S. 413 (für technische Details genügt die Verordnungsstufe, BGE 144 II 376 E. 7.2 S. 379).

¹⁹ BGE 143 II 162 E. 2.3 S. 167 f.; BGer, Urteil 2C_887/2010 vom 28.4.2011, E. 6.1.

²⁰ BGE 138 I 196 E. 4.3 S. 198 f.; 129 I 330 E. 2.1 S. 333; 124 I 297 E. 4a S. 299.

minspektorat des Schweizerischen elektrotechnischen Vereins SEV, die Ausrichtung von Sozial- und Nothilfe an Flüchtlinge durch zugelassene Hilfswerke.²¹ Bundesgesetzliche Beleihungsgrundlagen bestehen überdies in der Berufsbildung, zur Erhebung der Nationalstrassenabgabe oder in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung²² – und das sind bei weitem nicht alle.

Am anderen Ende der Skala trifft man auf Verhältnisse, von denen sich mit einiger Gewissheit sagen lässt, dass keine Verwaltungsaufgaben erfüllt werden. Die Indienstrahmung gehört dazu. Der Begriff ist in der Schweiz nicht besonders geläufig; er bezeichnet die Erfüllung gesetzlicher Leistungspflichten durch Private zuhanden der Behörde. Der Arbeitgeber, der die Sozialversicherungsbeiträge seiner Angestellten einliefert; die Bank, welche die Verrechnungssteuer auf Zinserträgen der Kunden abführt; der Lebensmittelproduzent, der die Behörde über etwa in Verkehr gelangte gesundheitsgefährdende Produkte informiert.²³ Sie alle verwalten nicht, sondern befolgen nur (es fehlt ihnen ja an der für Verwaltungsaufgaben kennzeichnenden Gestaltungsautonomie).²⁴ Zu nennen ist des Weiteren die Bedarfsverwaltung: Soweit Private ins Spiel kommen, tragen sie zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bestenfalls mittelbar bei.²⁵ Die Subvention endlich: Jedenfalls in Form der Finanzhilfe lässt sie die unterstützte Tätigkeit nicht zur Verwaltungsaufgabe werden, sie bleibt privat.²⁶

Differenziert zu betrachten ist die Konzession. Grundsätzlich wechselt die zugestandene Tätigkeit mit Erteilung der Konzession ins Private. Der Betrieb eines Kiosks auf öffentlichem Grund kraft Sondernutzungskonzession, die Jagd im Rahmen eines Jagdpatents, die Fischerei ebenso: Kein vernünftiger Mensch würde in solchen Dingen die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben erblicken; Verwaltungsaufgabe bleibt die staatliche Aufsicht, mehr nicht. Nun gibt es allerdings auch Konstellationen, wo zwischen berechtigender Konzession und verpflichtender Aufgabenübertragung kaum noch Unterschiede bestehen. Stets genanntes Beispiel bildet die Personenbeförderung im öffentlichen Linienverkehr, wo neben staatlich beherrschten Betrieben auch echte Privatgesellschaften mitwirken: Hier vermittelt die Konzession einerseits die Befugnis, auf staatliche Bestellung und gegen staatliche Abgeltung bestimmte Leistungen zu erbringen, wie auch andererseits die Obliegenheit, die gesetzlichen Kontrahierungs-, Betriebs- und Tarifpflichten fortwährend

²¹ BGE 140 II 80 E. 2.5.1 S. 86; 138 I 289 E. 2.3 S. 292; BGer, Urteil 2C_807/2010 vom 25.10.2010, E. 2.5 ff.; BGer, Urteil 2A.675/2005 vom 12.7.2006, E. 5; BVGer, Urteil C-1107/2006 vom 14.9.2009, E. 3.4.

²² Art. 28 Abs. 2, Art. 40 Abs. 2 BBG; Art. 18 Abs. 4 NSAG; Art. 4 ff. KVAG.

²³ Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 VStG; Art. 27 LMG.

²⁴ Anders wohl MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif* III, 244.

²⁵ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif* III, 141 f.

²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rz. 2513 f.; RÜTSCHKE, *Aufgaben*, 159; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 46 Rz. 5.

einzulösen.²⁷ Flughafenkonzessionen²⁸ und Konzessionen zur Entsorgung von Siedlungsabfällen²⁹ gehören in die gleiche Klasse. Die genannten Beispiele firmieren gewöhnlich unter dem Titel «Konzession des öffentlichen Dienstes». Mit gleichem Recht könnte man auch von Beleihung durch Konzession sprechen; die Konzession wirkt ja lediglich als Vehikel der Aufgabenübertragung.³⁰

Zu reden wäre schliesslich noch über die Konformitätsbewertung von Waren und Dienstleistungen durch staatlich akkreditierte private Zertifizierungsstellen im Auftrag privater Wirtschaftsakteure, nur gibt es dazu keine gesicherten Befunde. Auch wenn das Rechtsverhältnis zwischen zertifizierender Stelle und privatem Besteller unter das Privatrecht fällt, so kann man die Zertifizierung (jedenfalls wo sie gesetzlich verlangt wird)³¹ kaum noch als «Nicht-Verwaltungsaufgabe» qualifizieren. Die Ratlosigkeit zeigt sich in Wendungen wie: es handle sich bei der akkreditierten Zertifizierung um einen «Sonderfall der Beleihung» und es würden «mindestens indirekt Verwaltungsaufgaben» besorgt.³² Von einer veritablen Verwaltungsaufgabe scheint das Bundesgericht immerhin dort auszugehen, wo die Zertifizierungsstelle sachgesetzlich ermächtigt ist, gegen fehlbare Betriebe Sanktionen zu verhängen.³³

B. ... durch Private als Verwaltungsträger

Die Handlungen im Kontext einer Verwaltungsaufgabe müssen dem privaten Akteur als Verwaltungsträger zugerechnet werden können, so lautete die zweite Vorbedingung. Verwaltungsträger ist, wer die Verwaltungsmassnahmen im eigenen Namen trifft (das heisst als Rechtssubjekt in eigener Zuständigkeit und Verantwortung).³⁴ In Beziehungen zu Dritten entscheidet sich an der Verwaltungsträgerschaft, wem die Rechte und Pflichten staatsseitig zuzuordnen sind: dem Privaten selbst oder der Behörde im Hintergrund. Daneben verbinden sich mit der Verwaltungsträgerschaft die unmittelbare Grundrechtsbindung, die primäre Amtshaftung, die prozedurale Parteifähigkeit.

²⁷ Art. 6, 12 ff., 28 ff. PBG.

²⁸ Art. 36a LFG (häufig aber in der Hand öffentlicher Unternehmen). BGE 129 II 331 E. 2.3.1 S. 338; BGer, Urteil 2C_715/2008 vom 15.4.2009, in ZBI 2009 503 E. 3.3 S. 506; BVGE 2008/41 E. 6.4 S. 594.

²⁹ Art. 31b, 43 USG. BGE 134 II 297 E. 3.1 S. 301 f.; 123 II 359 E. 5 S. 367 f.

³⁰ In diesem Sinne auch POLTIER, *Délégation*, 220.

³¹ Art. 5 Abs. 1 Bst. b, Art. 17 f. THG.

³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rz. 1840, 1844.

³³ So im Landwirtschaftsrecht (Art. 16, 166, 180 LWG); in diesem Sinn der eingangs dargestellte BGE 138 II 134 E. 5 S. 158 ff. Noch offengelassen in BGE 134 II 272 E. 5.4 S. 285 f.

³⁴ TANQUEREL, *Droit administratif*, Rz. 78; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 5 Rz. 4.

Die Verwaltungsträgerschaft von Privaten bildet kaum je Gegenstand richterlicher Erwägungen. In allen früher zitierten Beleihungsfällen wurde sie als gegeben vorausgesetzt. Das ist leicht zu verstehen: Sobald nämlich Verwaltungsaufgaben durch Gesetz auf Personen und Organisationen «ausserhalb» übertragen werden (und in diesem Rahmen auch auf echte Private), mutieren die Aufgabenempfänger zu Aufgabenträgern mit den für sie kennzeichnenden Handlungsspielräumen; dass sie dann auch befähigt sein müssen, im eigenen Namen aufzutreten, bildet lediglich die unabweisliche Konsequenz.

Die Beiträge Privater zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben können sich aber auch in blossen Nebendiensten erschöpfen. Dann fehlt dem privaten Akteur mangels aufgabenimmanenter Gestaltungsfreiheit auch die Verwaltungsträgerschaft; er ist blosser Verwaltungshelfer, der verlängerte Arm einer Behörde.³⁵ Der typische Verwaltungshelfer leistet unselbständige Teilbeiträge an die Erfüllung einer weiterhin fremden Aufgabe (der Handwerker, der eine behördliche angeordnete Ersatzvornahme durchführt; der Garagist, den die Polizei zum sofortigen Abschleppen eines gefährlich abgestellten Fahrzeugs beizieht; ein privates Sicherheitsunternehmen, das im Auftrag des Flughafenbetreibers die Gepäckkontrolle durchführt). Zwischen blosser Verwaltungshilfe und eigenständiger Aufgabenbesorgung ist die Grenze aber nicht immer leicht zu ziehen. Die Gerichtspraxis liefert nur wenig Material. Ein erster Fall: Der «traducteur-juré» erhält mit dem Recht, amtlich zu beglaubigende Dokumente zu übersetzen, eine «parcelle limitée de la puissance publique» (nicht zuletzt wegen der staatlich vermittelten Richtigkeitsvermutung); daher versieht er keine rein administrative Hilfsfunktion.³⁶ Von blosser Verwaltungshilfe wäre nur zu sprechen, wenn ein staatlicher Übersetzungsdienst einzelne Mandate nach aussen vergibt, dabei aber die Inhaltskontrolle behält und die eingelangten Texte als staatliche Übersetzungen in Erscheinung treten lässt.³⁷ Die Abgrenzungsfrage stellte sich deshalb, weil Aufgabenübertragungen eine Grundlage im Gesetz selbst benötigen, die Verwaltungshilfe dagegen nicht.³⁸ Das zweite Beispiel handelt vom Beizug privater Unternehmen zur Abfallentsorgung. Die Rolle der mandatierten Firma beschränkte sich auf den Sammel- und Transportdienst, betraf also nur ein einzelnes Glied in der abfallrechtlichen Entsorgungskette.³⁹ Noch Verwaltungshilfe oder bereits Aufgabenübertragung? Im ersten Fall wäre der Vertrag zivilrechtlicher, im zweiten Fall verwaltungsrechtlicher Natur (mit allen Konsequenzen für den Rechtsweg).⁴⁰ Das Gericht

³⁵ Vgl. DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif*, Rz. 118; FAVRE, *Délégation*, 169 f., 179; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif* III, 246; POLTIER, *Délégation*, 212 f.

³⁶ BGE 138 I 196 E. 4.3 S. 198 f.

³⁷ A.a.O., E. 4.4.2 S. 200.

³⁸ A.a.O., E. 4.4.3 S. 201 und E. 4.5.3 S. 203.

³⁹ BGE 134 II 297 E. 3.2 S. 302.

⁴⁰ A.a.O., E. 2.2 S. 301.

zögert, lässt aber am Ende die Sicht der Parteien gelten, man habe keine Aufgabe übertragen, sondern nur Hilfsdienste einholen wollen.⁴¹

III. Hoheitlichkeit in Händen Privater: Drei Handlungsformen

Sind die Vorbedingungen «Verwaltungsaufgabe» und «Verwaltungsträger» erfüllt, rückt hoheitliches Handeln von Privaten in den Bereich des Möglichen. Es bleiben die einzelnen Formen zu diskutieren: Rechtsetzung, Erlass von Verfügungen und unmittelbarer Vollzug.

A. Rechtsetzung

Rechtsetzung ist hoheitliche Aufgabe par excellence. Darf man sie an Private übertragen? Art. 164 BV schweigt dazu.⁴² Daraus zu schliessen, die allgemeinen Delegationsregeln gälten auch mit Blick auf Private, wäre allerdings verfehlt (zumindest wenn die gesetzesvertretende Verordnung mitgedacht sein sollte). Weithin besteht Einigkeit darüber, dass Private nur mit der Regelung administrativer Details betraut werden dürfen, also mit Dingen, die Gegenstand einer blossen Vollziehungsverordnung bilden könnten.⁴³ Dann liegt funktional gesehen immer noch «Verwaltung» vor,⁴⁴ und so bleibt auch der Rahmen dessen, was nach Art. 178 Abs. 3 BV an Private delegiert werden darf (nämlich «Verwaltungsaufgaben»), weiterhin gewahrt. Die Normsetzungsbefugnis Privater muss als solche aus dem Sachgesetz hervorgehen.⁴⁵

Streng genommen kann von Rechtsetzungsdelegation nur gesprochen werden, wenn private Verwaltungsträger zum Erlass allgemein verbindlicher und unmittelbar anwendbarer Normen ermächtigt werden – oder anders ausgedrückt: wenn sich derlei Normen im Aussenverhältnis als Verfügungsgrundlage heranziehen lassen. Dies trifft beispielsweise auf Prüfungsreglemente in der Berufsbildung zu, die aufgrund sachgesetzlicher

⁴¹ A.a.O., E. 3.3 S. 302 f.

⁴² AUBERT, in: Comm. Cst., Art. 164 Rz. 40; MAHON, in: Comm. Cst., Art. 182 Rz. 14.

⁴³ BIAGGINI, in: SG-Komm. BV, Art. 178 Rz. 29; FAVRE, Délégation, 157; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1890; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, 229; MÜLLER, in: BS-Komm. BV, Art. 178 Rz. 39; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2741; WYTTENBACH/WYSS, in: BS-Komm. BV, Art. 164 Rz. 41.

⁴⁴ BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 320.

⁴⁵ BGE 137 III 37 E. 2.2.1 S. 41; 135 II 38 E. 4.4 S. 45. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1890; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, 229.

Ermächtigung von Berufsverbänden erlassen werden (sie bedürfen noch der Genehmigung durch den Bund).⁴⁶ Zum Typus «Rechtsetzungsdelegation» zählt sodann die dynamische Verweisung (sie referenziert auf private Normen in der jeweils geltenden Fassung). Dynamische Verweisungen kommen einem Blankoscheck gleich; sie sind deshalb nicht gern gesehen und hinnehmbar höchstens dort, wo der Regelungsspielraum aus technischen oder naturgegebenen Gründen eng begrenzt bleibt.⁴⁷ Statische Verweisungen wiederum erwecken wenig Bedenken: Die private Norm mutiert mit der Verweisung zu staatlichem Recht, und zwar in der Fassung zur Zeit der Verweisung; im Grunde handelt es sich um Inkorporation, nicht um Delegation.⁴⁸

Oft wirken private Regelwerke aber nur auf Umwegen. So richtet sich die Sorgfaltpflicht bei Arbeiten an elektrischen Installationen nach den «anerkannten Regeln der Technik»; der umweltrechtliche Ordnungsgeber ist gehalten, Branchenvereinbarungen «soweit möglich und notwendig ... ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht» zu übernehmen; sobald ein Produkt bestimmten privaten Standards entspricht, wird «vermutet», dass damit auch die gesetzlich erwarteten «grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen» erfüllt sind.⁴⁹ In allen Fällen bleibt der Staat Herr über Recht und Rechtsfolgen, ein Delegationsfall liegt nicht vor; die privaten Normen wirken bloss als Inspirationsquelle und Interpretationshilfe. Gleiches gilt von der regulierten Selbstregulierung, bekannt vor allem im Recht der Börsen und Finanzintermediäre:⁵⁰ Die Selbstregulierungsorganisationen konkretisieren die gesetzlichen Sorgfaltpflichten ihrer Mitglieder und legen fest, wie diese zu erfüllen sind; die entsprechenden Reglemente zählen daher als rein privatrechtliche, also vertragsbasierte Regelwerke⁵¹ (anzumerken bleibt: obwohl sie zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ergehen und staatlich genehmigt werden müssen – eine Konstruktion, die man nur noch mit stiller Resignation zur Kenntnis nehmen kann).

⁴⁶ Art. 28 Abs. 2 BBG. Ähnlich Art. 14 Abs. 3^{bis} SprstG (Anforderungen an Ausbildung und Prüfung von Sprengmeistern). Vgl. für Beispiele BBl 2019 1144 f.

⁴⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif* I, 268; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, Rz. 2743 f. Vgl. BGE 123 I 112 E. 7c/dd S. 130 f. (Verweisung auf die jeweils neuesten Richtlinien der Akademie für medizinische Wissenschaften zur Bestimmung des Todeszeitpunkts; vom Bundesgericht allerdings nicht als dynamische Verweisung gewertet, sondern bloss als Pflicht, sich an den anerkannten Stand der Forschung zu halten).

⁴⁸ BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 320. FAVRE, *Délégation*, 158; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif* III, 235; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, Rz. 2743.

⁴⁹ Art. 3 Abs. 1 NIV; Art. 41a Abs. 3 USG; Art. 5 Abs. 2 PrSG.

⁵⁰ Art. 27 FinfraG; Art. 24 ff. GWG.

⁵¹ BGE 143 II 162 E. 2.3 S. 167 und E. 3.2.4 S. 171; Urteil BGer 2C_887/2010 vom 28.4.2011, E. 6.1 und 7. Ferner BGE 137 III 37 E. 2.2.1 S. 40 zu Art. 8 BEHG (mittlerweile aufgehoben).

B. Erlass von Verfügungen

Solange Behörden agieren, ist die Lage klar: Mit der Verwaltungsbefugnis geht die Verfügungsbefugnis einher, abweichende Bestimmungen des Sachgesetzes wie immer vorbehalten.⁵² Die Verfügungsbefugnis setzt selbstredend voraus, dass das Aussenverhältnis dem öffentlichen Recht untersteht.⁵³

Soviel müsste auch dort gelten, wo Private mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind. Doch das Bundesgericht scheint sich schwer zu tun. Zwar liest man auch hier: «La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas»;⁵⁴ mit dem Übertragungsakt «ergibt sich im gleichen Umfang grundsätzlich auch die Verfügungsbefugnis, soweit diese nicht spezialgesetzlich wegbedungen wird».⁵⁵ Allerdings: Die Verfügungsbefugnis ist «un privilège – et un monopole – de souveraineté de la puissance publique»;⁵⁶ in Händen Privater versteht sie sich daher nicht von selbst. So folgt denn auch der Vorbehalt: Nicht nur die Aufgabendelegation, sondern auch die Verfügungsbefugnis müsse formellgesetzlich gestützt sein.⁵⁷ Eine doppelt ausgesprochene Gesetzesgrundlage wird zwar nicht verlangt, wohl aber der Nachweis, dass der Aufgabentransfer die Berechtigung zum Verfügungserlass mit enthält und dass diese Berechtigung «s'avère indispensable pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci»; und sollten in diesem Punkt Zweifel zurückbleiben, «seule une délégation distincte et explicite dudit pouvoir décisionnel pourra être admise».⁵⁸ Das mag der Rechtssicherheit ja gefallen. Aber sind die richterlichen Dicta auch frei von jeder Unstimmigkeit? Welche Handlungsform soll es bitte sein, wenn sich die Verfügung zur Erfüllung der delegierten Verwaltungsaufgabe nicht als geradezu «indispensable» erweist? Die verwaltungsrechtliche Klage? Oder wird etwa unterstellt, das Rechtsverhältnis zu Dritten unterstehe dann doch wieder (gewissermassen vermutungsweise) dem Privatrecht? Es scheint, als dränge sich hier schleichend eine subjektbezogene Betrachtungsweise vor: Funktional mag der Private wohl Staat sein, nominal ist er es aber doch nicht wirklich – trauen darf man ihm deshalb nicht ganz.

⁵² BVGE 2015/15 E. 2.2.1 S. 205; 2008/41 E. 6.4 S. 594.

⁵³ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, 194 f.

⁵⁴ BGE 137 II 409 E. 6.2 S. 412.

⁵⁵ BGer, Urteil 2C_715/2008 vom 15.4.2009, in ZBI 2009 503 E. 3.2 S. 506.

⁵⁶ BGE 144 II 376 E. 7.1 S. 379.

⁵⁷ BGE 138 II 134 E. 5.1 S. 158; BGer, Urteil 2C_715/2008 vom 15.4.2009, in ZBI 2009 503 E. 3.2 S. 506.

⁵⁸ BGE 137 II 409 E. 6.2 S. 412.

Als Folge davon muss sich die Praxis durchwursteln. Da und dort hat sie Glück und stösst auf ausdrückliche Verfügungsbefugnisse: Die Schweizerische Erhebungsstelle für Radio- und Fernsehgebühren gehört zu den explizit anordnungsberechtigten Akteuren,⁵⁹ die Organisationen der Arbeitswelt zum Einzug obligatorisch erklärter Berufsbildungsbeiträge ebenso,⁶⁰ das Eidgenössische Starkstrominspektorat bei seiner Kontrolltätigkeit,⁶¹ private Organisationen im Vollzug des Landwirtschaftsgesetzes,⁶² ferner jene Stellen, denen Behördenstatus nach Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG zuerkannt wurde (sie allerdings nur in den Grenzen der zugewiesenen Aufgabe und unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Abweichungen).⁶³

Nicht selten jedoch sieht sich das Gericht vor die Aufgabe gestellt, Fall für Fall nach stillschweigenden Verfügungsbefugnissen zu suchen. Sichere Kriterien sind dabei kaum zu erkennen. Am ehesten gelingt der Rückschluss auf prozessrechtliche Verfügungsbefugnisse dort, wo materiellrechtliche Ermächtigungen vorliegen, über Zulassungen zu befinden,⁶⁴ Abgaben zu erheben⁶⁵ oder Sanktionen auszusprechen.⁶⁶ Derartige Vorgänge zählen zur Eingriffsverwaltung; sie sind öffentlich-rechtlicher Natur und bedingen den befehlenden – also einseitig anordnenden – Auftritt des Verwaltungsträgers, wenn sie vollzugssicher und rechtsgleich abgewickelt werden sollen. Anderes mag in der Leistungsverwaltung gelten: Sie kommt ohne Zwangsbefugnisse aus; daher kommen auch privatrechtliche Formen eher in Betracht.⁶⁷

C. Unmittelbarer Vollzug

Im Verwaltungsalltag dominiert die juristische Banalität. Akten studieren, Berichte verfassen, Abfallcontainer leeren, Strassenlampen auswechseln – lauter Tathandlungen, welche die Rechte und Pflichten der Bürger unberührt lassen. Aber es gibt Ausnahmen,

⁵⁹ Art. 69e RTVG.

⁶⁰ Art. 68a BBV.

⁶¹ Art. 9 der Verordnung über das Eidgenössische Starkstrominspektorat vom 7. Dezember 1992 (SR 734.24); Art. 6 ff., 34 NIV. Vgl. als Beispiel BBl 2019 1329.

⁶² Art. 180 i.V.m. Art. 166 Abs. 1 LWG.

⁶³ Art. 54 Abs. 4 BVG (paritätisch verwaltete Stiftungen «Sicherheitsfonds» und «Auffangeinrichtung» in der beruflichen Vorsorge).

⁶⁴ Entscheid über die Zulassung zu einem kantonalen Bergführerkurs: BGE 103 Ia 544 E. 5c S. 551.

⁶⁵ Flughafengebühren: BGE 129 II 331 S. 2.3.1 S. 338; BGer, Urteil 2C_715/2008 vom 15.4.2009, in ZBl 2009 503 E. 3.3 S. 506; BVGer, Urteil A-137/2008 vom 21.8.2008, E. 5.1. Obligatorisch erklärte Berufsbildungsbeiträge: BGE 137 II 409 E. 8 S. 418 f. (jetzt explizit Art. 68a Abs. 3 BBV).

⁶⁶ Entzug eines Flughafenausweises: BGE 144 II 376 E. 9 S. 382 ff. Zwangsanschluss eines Arbeitgebers an eine Auffangeinrichtung gemäss Art. 54 BVG: BGE 115 V 375 E. 4 S. 379 f. (jetzt explizit Art. 60 Abs. 2^{bis} BVG).

⁶⁷ Vgl. BGE 131 II 162 E. 2.4 S. 167 (jetzt explizit Art. 28 Abs. 2^{bis} FMG).

vor allem beim unmittelbaren Vollzug. Gemeint sind Realakte, mit denen der Verwaltungsträger ohne vorgängige Sachverfügung einschreitet, um eine Konflikt- oder Gefahrenlage unverzüglich zu bereinigen (die Polizei räumt die Strasse nach einem Unfall, die Baubehörde sperrt den Zugang zu einem einsturzgefährdeten Haus). Im Zuge solcher Aktionen mag es dazu kommen, dass mit dem Realakt zugleich auch Rechte und Pflichten von Dritten berührt oder gar bestimmt werden. Stichwörter sind der verwaltungsrechtliche Befehl (die Polizei, die den Verkehr regelt oder Gaffer von der Unfallstelle weist) sowie der unmittelbare Zwang gegen Personen und Sachen (die Feuerwehr, die einen zögerlichen Selbstmörder vom Hausdach holt; der Lebensmittelinspektor, der verdorbene Tiefkühlware aus einer Gaststättenküche beschlagnahmt).

Können auch Private als Verwaltungsträger in eine solche Lage geraten? Gibt es in der Besorgung von Verwaltungsaufgaben den privaten Befehl und den privaten Zwang? Alles hängt natürlich von der Art der übertragenen Aufgabe ab. Aber abgesehen davon wäre daran nichts Ungewöhnliches, zumindest funktional betrachtet. Gleichwohl hat man Hemmungen, denn Private bleiben auch nach ihrer Beleihung immer noch ein Stück weit privat; der bürgerliche Blick wird sie nie als richtigen Staat anerkennen.

Von vornherein auszuscheiden sind jene Befehls- und Zwangsbefugnisse, die durch das Notwehr- und Notstandsrecht vermittelt werden. Notwehr und Notstand liegen völlig ausserhalb der sachgesetzlich erfassten Handlungsfelder. Tatsächlich geht es nur um Selbstschutz und Selbsthilfe in Situationen, wo im Zuge der Aufgabenerfüllung individuelle Rechtsgüter in unmittelbare Gefahr geraten.⁶⁸ Vergleichbare Ermächtigungen bestehen im Rahmen des Hausrechts oder des strafprozessualen Anhalterechts;⁶⁹ solche Jedermannsrechte behalten ihre Gültigkeit auch im Kontext verwaltungsrechtlicher Aufgabenerfüllung.

Doch was ist von der Bordgewalt des Kapitäns zu halten (in der Luftfahrt und auf Schiffen) oder von den Zwangsbefugnissen des Heimleiters (im Erwachsenenschutz)?⁷⁰ Man wird sich damit herausreden, hier würden keine Verwaltungsaufgaben erfüllt; ohnehin habe man es nur mit einem sachgesetzlich präzisierten Hausrecht zu tun. Wenig aufregend auch die Verkehrsregelung durch behördlich zugelassene Schülerlotsen (ihre Zeichen und Weisungen sind gleich zu befolgen wie jene der uniformierten Polizei).⁷¹ Mehr als Verwaltungshilfe liegt hier nicht vor. Schon schwieriger präsentiert sich die Lage für den Fall, dass Private mit sicherheitspolizeilichen Aufgaben ausserhalb privater Räume

⁶⁸ Art. 15, 17 StGB.

⁶⁹ Art. 186 StGB; Art. 701, 926 ZGB; Art. 218 StPO.

⁷⁰ Flugkapitän: Art. 63 LFG mit Art. 9 ff. der Verordnung über die Rechte und Pflichten des Kommandanten eines Luftfahrzeuges vom 22. Januar 1960, SR 748.225.1; Schiffskapitän: Art. 16 Abs. 2 BSG mit Art. 4 BSV; Heimleiter: Art. 383 ZGB.

⁷¹ Art. 67 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 SSV.

betrault werden, etwa bei Sportveranstaltungen. Die Polizei, um mit diesem Beispiel zu beginnen, kann Besucher am Eingang zu Sportstätten über und unter den Kleidern nach verbotenen Gegenständen durchsuchen. Private Sicherheitsdienste, die vom Veranstalter mit Zutrittskontrollen betraut wurden, dürfen dies nach behördlicher Ermächtigung auch, jedoch nur durch Abtasten über den Kleidern.⁷² Der Beizug derartiger Sicherheitsdienste, so das Bundesgericht, lasse sich weder auf das Hausrecht noch auf die Jedermannsrechte allein stützen; erforderlich sei vielmehr die vertragliche Einwilligung des Besuchers beim Erwerb eines Tickets, wobei der Vertrag keinen Verzicht auf grundlegende Grundrechtspositionen beinhalten dürfe.⁷³ Ähnlich verhält es sich im öffentlichen Verkehr. Konzessionierte Transportunternehmen (auch die privat beherrschten) unterhalten einen Sicherheitsdienst und eine Transportpolizei. Die Transportpolizei kann Personen vorläufig festnehmen und Gegenstände beschlagnahmen; das Personal ist daher «amtlich in Pflicht zu nehmen».⁷⁴ Der Sicherheitsdienst wiederum kann mit amtlicher Bewilligung einer privaten Organisation übertragen werden; er darf nur (aber immerhin) Personen befragen, kontrollieren und unter Umständen wegweisen.⁷⁵ Auch hier geht man an die Grenze dessen, was mit dem Beförderungsvertrag gerade noch legitimiert werden kann. Nur soviel scheint unbestritten: Unmittelbarer Zwang gegen Personen und Sachen darf einzig von Verwaltungsträgern ausgeübt werden, deren Funktionäre personalrechtlich unmittelbar dem Staat zugeordnet sind und die daher auch staatlicher Weisungsgewalt unterstehen.

Schluss

Die unentwegte Vergabe von Verwaltungsfunktionen an Private ist kaum noch aufzuhalten. Im gleichen Zug gerät die grundsätzliche Geltung der öffentlich-rechtlichen Privilegien und Sonderbindungen bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zusehends unter Druck; die Planlosigkeit einer singular disponierenden und in Floskeln sprechenden Politik hinterlässt Rechtsunsicherheiten ohne Ende. Die Verwaltungsrechtsdogmatik? Sie ist längst am Ende ihres Systematisierungsvermögens angelangt; wir ordnen nicht mehr, wir beschreiben nur noch. Die Orientierungsmarken, deren die Praxis nun einmal bedarf, müssen daher im Parlament selbst gesetzt werden. Wenn Verwaltungsaufgaben abparzelliert und zur Erfüllung in die zivilgesellschaftliche Sphäre verlegt werden sollen, dann hat sich das Gesetz weit deutlicher zu erklären als bisher: Im Mindesten muss es die

⁷² Art. 3b Abs. 2 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (abgedruckt in BGE 140 I 2 S. 8).

⁷³ BGE 140 I 2 E. 10.2.2 S. 30.

⁷⁴ Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 2 BGST.

⁷⁵ Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 BGST.

delegierbaren Verrichtungen genau umschreiben, die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen Delegatar und Dritten explizit festlegen und für den Fall, dass Hoheitsbefugnisse übertragen werden, auch die zugehörigen Handlungsformen benennen.

Literaturverzeichnis

- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003 (AUTOR, in: *Comm. Cst.*).
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (*Komm. BV*).
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014 (*Droit administratif*).
- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (Hrsg.): *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich usw. 2014 (AUTOR, in: *SG-Komm. BV*).
- FAVRE Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou «à caractère ministériel», in: Favre/Martenet/Poltier (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf/Zürich/Basel 2016, 145 ff. (*Délégation*).
- HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen / THURNHERR Daniela, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (*Bundesstaatsrecht*).
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (*Verwaltungsrecht*).
- LINDER Wolf / MUELLER Sean, *Schweizerische Demokratie – Institutionen, Prozesse, Perspektiven*, 4. Aufl., Bern 2017 (*Demokratie*).
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III: *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2. Aufl., Bern 2018 (*Droit administratif III*).
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I: *Les fondements*, 3. Aufl., Bern 2012 (*Droit administratif I*).
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011 (*Droit administratif II*).
- MÜLLER Markus, *Droit administratif – Origine et spécificité*, Bern 2006 (*Droit administratif*).
- POLTIER Etienne, Délégation d'activités économiques de l'État, in: Favre/Martenet/Poltier (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf/Zürich/Basel 2016, 193 ff. (*Délégation*).
- RHINOW René / SCHEFER Markus / UEBERSAX Peter, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016 (*Verfassungsrecht*).
- RÜTSCHÉ Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, *recht* 2013 153 (*Aufgaben*).
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018 (*Droit administratif*).

TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014 (*Verwaltungsrecht*).

WALDMANN Bernhard / BELSER Eva Maria / EPINEY Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015 (AUTOR, in: *BS-Komm. BV*).

Beleihung und Konzession

Unterschiede und Berührungspunkte

Inhaltsverzeichnis	Seite
Einleitung	799
I. Beleihung	801
A. Begriff und Wesen	801
B. Rechtsstellung des Beliehenen	802
II. Konzession	804
A. Begriff und Wesen	804
B. Rechtsstellung des Konzessionärs	805
III. Konzession des öffentlichen Dienstes	806
A. Begriff und Wesen	806
1. Eine erste Annäherung	806
2. Einordnung und Abgrenzungen	807
3. (Zwischen-)Fazit	809
B. Rechtsstellung des Konzessionärs des öffentlichen Dienstes	810
C. Veranschaulichung anhand von Fallgruppen	811
Literatur	813

Einleitung

Der Jubilar, dem vorliegender Beitrag gewidmet ist, hat einmal festgehalten: *«L'État, lorsqu'il s'engage dans une activité économique, sort du champ qui lui est propre»*.¹ Dass der Staat grundsätzlich öffentliche Interessen und nicht primär eigene, wirtschaftliche Interessen verfolgen soll, erscheint auf den ersten Blick klar. Will er Aufgaben erfüllen, so tut er dies primär nicht, um sich damit privatwirtschaftliche Vorteile zu verschaffen, sondern um den «Service public» sicherzustellen. Dass Letzterer nicht nur vom Staat

* Prof. Dr. iur., Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue.

** MLaw, Dipl. Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Freiburg i.Ue.

¹ POLTIER, S. 193 (Hervorhebung nur hier).

alleine, sondern namentlich auch durch von ihm beauftragte Private sichergestellt wird, erscheint eine Notwendigkeit zu sein, da der Staat bzw. die Verwaltung so entlastet wird und Parallelstrukturen vermieden werden oder aber weil besondere Fachkenntnisse für die Erfüllung staatlicher Aufgaben genutzt werden sollen.

Im Umfeld solcher Aufgabenübertragungen ist oftmals von «Beleihung» (*«délégation de l'exécution d'une tâche publique»*), «Konzessionen» oder «Konzessionen des öffentlichen Dienstes» (*«concession de service public»*) die Rede. Während die Gerichte diese Begriffe teilweise zufällig nebeneinander verwenden,² ist die Lehre seit längerer Zeit um eine Abgrenzung bemüht.³ Bei näherer Betrachtung fällt auf, dass nicht nur bezüglich der Terminologie, sondern auch hinsichtlich der begrifflichen Abgrenzungen teilweise erhebliche Unterschiede zwischen der deutsch- und der französischsprachigen Literatur bestehen.⁴ Von einem einheitlichen Verständnis sind wir weit entfernt.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll der Versuch unternommen werden, die bestehenden Lehrmeinungen zu ordnen und zu würdigen. Dafür werden zunächst die Begriffe der Beleihung (I) und der Konzession (II) in Erinnerung gerufen, bevor auf die sog. Konzession des öffentlichen Dienstes eingegangen wird (III), die im Schrifttum teils als Sonderform der Konzession, teils als Beleihung oder andernorts sogar als Kombination der beiden Rechtsfiguren angesehen wird. Die dogmatischen Abgrenzungen zwischen den verschiedenen Begriffen und Rechtsfiguren können dem Gesetzgeber eine konzeptionelle Grundlage für die Ordnung der Verleihung von Rechten und Übertragung von Aufgaben bereitstellen. Der Gesetzgeber ist zwar nicht daran gebunden. Eine klare und kohärente Verwendung von Rechtsfiguren durch die Gesetzgebung erleichtert aber das Verständnis der Rechtsordnung und hilft, sich über die Rechtsstellung des Privaten, dem Rechte und/oder Aufgaben übertragen werden, Klarheit zu verschaffen.

² So wird beispielsweise in BGE 142 I 99 die Konstellation, in welcher sich ein Kanton das natürliche Monopol der Nutzung der Wasserkraft nicht vorbehält, sondern an Dritte überträgt, als «Beleihung» bezeichnet (vgl. E. 4.3.4).

³ Statt Vieler POLTIER, S. 220 f.

⁴ BESSE, S. 67 f.

I. Beleihung

A. Begriff und Wesen

Der Begriff der *«Beleihung»* tritt gemeinhin kaum als Rechtsbegriff in Erscheinung.⁵ In der Lehre wird er häufig im Kontext der Verwaltungsorganisation verwendet⁶ und steht dort für die Übertragung der Erfüllung von (bestimmten) Verwaltungsaufgaben an Private.⁷ Bei der Beleihung handelt es sich somit um eine von der Dogmatik entwickelte Rechtsfigur, die einen bestimmten Vorgang – eben die Übertragung von (Verwaltungs-) Aufgaben auf Private – erfasst. Selbst wenn der Gesetzgeber die Übertragung nicht als *«Beleihung»* bezeichnet, wird sie beim Vorhandensein gewisser Begriffsmerkmale als solche qualifiziert. Keine Rolle spielt dabei die Form der Übertragung. Diese erfolgt allerdings immer durch einen Rechtsakt; sei es unmittelbar durch ein Gesetz oder durch einen darauf gestützten Verwaltungsrechtsakt (Verfügung oder öffentlich-rechtlicher Vertrag [*«Leistungsvereinbarung»*]).⁸

Die Privaten, denen die Aufgabe zur Erfüllung übertragen wird, werden als *«Beliehene»* bezeichnet. Es kann sich dabei sowohl um natürliche als auch um juristische Personen des Privatrechts handeln.⁹ Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung selbst dann, wenn der Staat daran eine Minderheitsbeteiligung hält¹⁰ oder über die Ausrichtung von Subventionen oder den Einsitz in den Organen auf die privatrechtliche Einrichtung Einfluss nimmt,¹¹ solange diese nicht vom Gemeinwesen beherrscht wird. Nicht unter den Vorgang der Beleihung fällt die Zuweisung von öffentlichen Aufgaben an öffentlich-rechtliche Aufgabenträger.¹²

⁵ In rechtsetzenden Erlassen findet er sich praktisch kaum (vgl. immerhin Art. 187 Abs. 14 LwG; in der deutschsprachigen Fassung von Art. 2 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Französischen Republik über den Ausbau der Wasserkräfte bei Emosson vom 23. August 1963 [SR 0.721.809.349.1] ist vom *«Beliehenen»* die Rede, während die französischsprachige Fassung vom *«concessionnaire»* spricht). In der Rechtsprechung des Bundesgerichts taucht der Begriff etwas häufiger auf (vgl. etwa BGE 142 I 99 E. 4.3.4; 140 II 80 E. 2.5.1; BGer, Urteil 2C_586/2016 vom 8.5.2017 E. 2.2; Urteil 2C_386/2014, 2C_394/2014 vom 18.1.2016 E. 5.3).

⁶ Vgl. GYGI, 56 (*«organisationsrechtliche Erscheinung»*).

⁷ POLTIER, S. 207; ferner statt Vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821; KARLEN, S. 186; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 222; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 12 ff. Vgl. auch BGer, Urteil 2C_386/2014, 2C_394/2014 vom 18.1.2016 E. 5.3.

⁸ DUBEY/ZUFFEREY, N 116; RÜTSCHKE, ZBJV 2016, S. 80.

⁹ Statt Vieler TANQUEREL, N 154.

¹⁰ So auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 222; a.M. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 12.

¹¹ FAVRE, S. 153 f.

¹² RÜTSCHKE, ZBJV 2016, S. 72.

Für eine Beleihung kommen grundsätzlich alle Arten von *Verwaltungsaufgaben* infrage.¹³ Dabei kann es sich um Aufgaben sowohl der Eingriffs- als auch der Leistungsverwaltung handeln.¹⁴ Gegenstand einer Beleihung können somit alle Tätigkeitsfelder sein, die Verfassung und/oder Gesetz¹⁵ dem Gemeinwesen oder seinen Verwaltungsträgern zugewiesen haben. Ob diese Tätigkeiten «hoheitlicher» oder «wirtschaftlicher» Natur sind,¹⁶ ist ebensowenig massgebend wie die Frage, ob sie einem staatlichen Monopol unterliegen oder nicht.¹⁷ Als Gegenstand einer Beleihung fallen aber unseres Erachtens immer nur Tätigkeitsbereiche in Betracht, für die der Staat die Erfüllungsverantwortung innehat.¹⁸ Private werden mit der Beleihung in den Dienst des Staates genommen und mit der selbstständigen Erfüllung einer in der Verantwortung des Staates liegenden Aufgabe betraut. Nicht als Beliehene handeln die Privaten hingegen dann, wenn ihre Tätigkeit lediglich im öffentlichen Interesse liegt oder der Staat im betroffenen Bereich bloss eine Gesamtverantwortung (z.B. Gewährleistung einer ausreichenden Energieversorgung) trägt (vgl. Ziff. III).

B. Rechtsstellung des Beliehenen

Mit der Beleihung tritt der Beliehene zum Staat in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Je nach Gründungsakt kann es sich dabei um ein hoheitliches oder ein vertragliches Rechtsverhältnis handeln. Der Beliehene ist dem Staat gegenüber zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe verpflichtet und hierfür der staatlichen Aufsicht unterstellt.¹⁹ Das Gemeinwesen leistet ihm im Gegenzug eine Abgeltung und/oder ermächtigt ihn zur Erhebung von öffentlichen Abgaben gegenüber Dritten.

¹³ KARLEN, S. 186 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 21.

¹⁴ So z.B. die Besorgung amtlicher Übersetzungen (BGE 138 I 196 E. 4.4.3 = Pra 101 [2012] Nr. 126); die Erhebung der Haushaltabgabe für Radio und Fernsehen (Art. 69d RTVG, Art. 62 RTVV; vgl. BGE 140 II 80); die Verwaltung und Zuteilung der «.ch»-Domain-Namen (BGE 138 I 289 E. 2.1, 2.3); das freiberufliche Notariat (BGE 129 I 330 E. 2.1 = Pra 93 [2004] Nr. 61); die obligatorische Krankenversicherung (BGer, Urteil 5P.97/2006 vom 1.6.2006 E. 3.3).

¹⁵ In diesem Sinne obliegt es (unter Vorbehalt der Verfassung) dem Gesetzgeber zu bestimmen, ob für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Staat (bzw. ein von ihm beherrschter Verwaltungsträger) zuständig ist oder ob sie an Private delegiert wird. Um die Frage zu beantworten, was eine öffentliche Aufgabe ist, wer sie wahrnimmt und wie sie zu erfüllen ist, muss das Gesetz ausgelegt werden (vgl. BGE 138 II 134 E. 4.3.1 = Pra 101 [2012] Nr. 100).

¹⁶ Für einen Teil der Lehre kommt eine Beleihung lediglich für nicht-wirtschaftliche Aufgaben infrage (vgl. POLTIER, S. 207 f.; BESSE, S. 68; MAYHALL, S. 64).

¹⁷ Vgl. z.B. für die Betrauung privater Schulen mit der Durchführung der öffentlichen Aufgabe Bildung (BGer, Urteil 2C_586/2016 vom 8.5.2017 E. 2.2).

¹⁸ WALDMANN, Konzession, S. 14 f.; im Ergebnis wohl auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 222 («... l'exécution d'une tâche publique dont elle assume, sur le principe, la responsabilité»).

¹⁹ Statt Vieler EGLI, S. 196 m.w.H.

Zwar ist der Beliehene formell nicht in die Behördenorganisation des Gemeinwesens eingebunden, und er tritt im eigenen Namen auf.²⁰ Im Rahmen der Erfüllung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben handelt er aber gerade nicht als Privatperson, auch wenn er an der Wahrnehmung der Aufgabe regelmässig ein eigenes, wirtschaftliches Interesse hat.²¹ Sein Handeln wird vielmehr dem für die Aufgabe verantwortlichen Gemeinwesen zugerechnet. Er erscheint gewissermassen als «verlängerter Arm» der Verwaltung bzw. als «entité administrative décentralisée, au sens large».²² Daraus ergeben sich insbesondere folgende Konsequenzen:

- Als funktionelle Verwaltungsträger sind Beliehene an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV) und können sich zu ihrem eigenen Schutz nicht auf diese berufen.²³ Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis des Beliehenen zu Dritten dem Privatrecht unterstellt.²⁴
- Ferner richtet sich die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für Schäden, welche Beliehene Dritten in Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben zufügen, nicht nach Privathaftpflicht-, sondern nach öffentlichem Haftungsrecht.²⁵ Auf Bundesebene hat – unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen – primär der Beliehene dem Geschädigten für den Schaden einzustehen; für den ungedeckten Betrag haftet der Bund (Art. 19 Abs. 1 lit. a VG).
- Werden im Rahmen der Erfüllung von übertragenen Verwaltungsaufgaben Personendaten bearbeitet, gelangen die für öffentliche Organe anwendbaren Datenschutzbestimmungen zur Anwendung (vgl. für den Bund Art. 3 lit. h DSGVO). Ebenso gilt für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben das Amtsgeheimnis.²⁶

Hingegen werden mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben nicht automatisch hoheitliche Kompetenzen eingeräumt. Gemäss ständiger (bundesgerichtlicher) Rechtsprechung bedarf die Übertragung der Verfügungskompetenz an eine ausserhalb der Verwaltung stehende Rechtsperson einer formellgesetzlichen Grundlage, die in der Regel ausdrücklich sein muss, sich aber unter Umständen auch implizit aus einer gesetzlichen Aufgabenübertragung ergeben kann, sofern das Spezialgesetz die Verfügungskompetenz

²⁰ Vgl. BELLANGER, S. 62; KARLEN, S. 186.

²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821.

²² POLTIER, S. 208. Teilweise werden Beliehene gar einem dezentralen Verwaltungsträger gleichgestellt (BGer, Urteil 2C_386/2014, 2C_394/2014 vom 18.1.2016 E. 5.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 21).

²³ BGE 138 I 289 E. 2.3, 2.8.1; 133 I 49 E. 3.2 = Pra 96 (2007) Nr. 112; BGer, Urteil 2C_586/2016 vom 8.5.2017 E. 2.2.

²⁴ GRIFFEL, N 688.

²⁵ GRIFFEL, N 691; GYGI, S. 59.

²⁶ Vgl. BGE 141 IV 329 E. 1.3; vgl. auch Art. 18 Abs. 1 Loi sur l'information (LInfo) du 24 septembre 2002 des Kantons Waadt (BLV 170.21).

nicht geradezu ausschliesst und diese zur Erfüllung der übertragenen Verwaltungsaufgabe notwendig ist.²⁷ Für den Erlass allfälliger Verfügungen sind die Behörden dem Verwaltungsverfahrenrecht unterstellt (vgl. für den Bund Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG).

II. Konzession

A. Begriff und Wesen

Der Begriff der Konzession wird in verschiedenen Sacherlassen des Verwaltungsrechts verwendet. Sowohl die Konzession als auch das damit begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und der Konzessionärin weisen gemeinsame Elemente auf, aus welchen die Dogmatik eine mehr oder weniger konzise Begrifflichkeit entwickelt hat. Im Allgemeinen steht der Begriff der Konzession für einen Rechtsakt, mit welchem der Staat jemandem das Recht zur Ausübung einer monopolisierten (wirtschaftlichen) Tätigkeit oder Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen verleiht.²⁸ Die Konzession ist grundsätzlich²⁹ mit einem Monopol verknüpft³⁰, denn Gegenstand der Verleihung bilden in der Regel Rechte, die dem Staat aufgrund eines historischen, eines rechtlichen oder eines natürlichen Monopols exklusiv zustehen. Die Monopole ihrerseits bilden eines von vielen Instrumenten, mit welchen das Gemeinwesen die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten mit Blick auf die Wahrung und Verfolgung bestimmter öffentlicher Interessen reguliert.³¹ So kann der Gesetzgeber etwa zum Schutz der Rechtsgüter³² oder zur Erfüllung von sozialpolitischen Aufgaben³³ rechtliche Monopole errichten, die Pri-

²⁷ BGE 137 II 409 E. 6.3; ferner statt Vieler BGer, Urteil 2C_966/2018, 2C_967/2018 vom 29.1.2019 E. 3.3; 144 II 376 E. 7.1; 138 II 134 E. 5.1.

²⁸ Statt Vieler GRIFFEL, N 375; GYGI, S. 57; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2718; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 15; WALDMANN, Konzession, S. 2 ff.

²⁹ Ausgenommen bleiben die sog. «Aufsichtskonzessionen». Diese beruhen nicht auf einem Monopol, sondern auf einer rechtlich begründeten Konzessionshoheit des Staates. Damit sichert sich der Staat eine verstärkte Kontrolle über bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten, die zwar der Wirtschaftsfreiheit entzogen sind, die aber der Staat nicht selbst (wie ein Monopol) ausüben darf, sondern unter einer erhöhten Kontrolle und Steuerung den Privaten überlässt. Private, die eine solche Tätigkeit ausüben wollen, unterliegen einer besonderen Zulassungsordnung und einer weitreichenden Aufsicht: vgl. z.B. die Betriebskonzession für einen Flughafen (Art. 36a LFG) oder die Spielbankenkonzession (Art. 5 BGS).

³⁰ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 256; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 2.

³¹ Vgl. BEYELER, N 773, 776; KARLEN, S. 456; WALDMANN, Monopole, S. 80 ff.

³² So z.B. die kantonalen Polizeimonopole wie das Kaminfeger- oder das Bestattungs- und Friedhofmonopol; ferner die Plakatmonopole oder das (mittelbare) Entsorgungsmonopol für Siedlungsabfälle (Art. 31b Abs. 3 USG).

³³ So z.B. das Gebäudeversicherungsmonopol (vgl. BGE 124 I 11 E. 3d).

vate direkt (oder indirekt) von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliessen. Dabei kann die entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit gleichzeitig als Staatsaufgabe ausgestaltet werden.³⁴ Ferner beruhen letztlich auch natürliche Monopole auf der rechtlichen Verfügungshoheit des Gemeinwesens über öffentliche und herrenlose Sachen. Selbst bei den historischen Monopolen sind die ursprünglich fiskalischen Interessen zugunsten ordnungs- und sicherheitspolitischer Gründe (z.B. Schutz vor Überbeanspruchung von beschränkt vorhandenen, wirtschaftlich nutzbaren Naturgütern) zurückgetreten.³⁵ Mit der Einrichtung eines Konzessionssystems werden Einzelne zur Ausübung bestimmter, beim Staat monopolisierter Tätigkeiten zugelassen, wobei die Konzessionsordnung (im Gegensatz zu einem Bewilligungssystem) dem Staat eine stärkere Kontrolle erlaubt und dem Privaten mit Blick auf seine Investitionen in oftmals (aber nicht immer) kostenintensive Tätigkeiten «einen erhöhten Bestandesschutz in Form wohlervorbener Rechte» vermittelt.³⁶

Auch wenn Monopole und damit verknüpfte Konzessionsordnungen letztlich als Instrumente zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige dienen, werden mit ihnen grundsätzlich keine Staatsaufgaben übertragen, sondern Rechte verliehen. Es ist mit anderen Worten der Private, der ein eigenes Interesse an der Ausübung der konzessionierten Tätigkeit hat.³⁷ Ein Teil der Lehre fasst den allgemeinen Begriff der Konzession allerdings etwas weiter: Demnach können die Tätigkeiten, zu deren Ausübung der Konzessionär berechtigt ist, nicht nur Gegenstand eines rechtlichen oder faktischen Monopols bilden, sondern auch Bereiche staatlicher Aufgaben betreffen.³⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dabei bereits um Kombinations- und Sonderformen (vgl. zum Ganzen Ziff. III).

B. Rechtsstellung des Konzessionärs

Anders als die Beliehenen erfüllen die Konzessionäre grundsätzlich keine Staatsaufgabe. Die Interessenlage gestaltet sich anders als bei der Beleihung: Es ist nicht der Staat, sondern der Konzessionär, der ein Interesse an der Ausübung der monopolisierten Tätigkeit hat. Für den Staat besteht dagegen keine Notwendigkeit, dass die Tätigkeit überhaupt ausgeübt wird, da diese privatwirtschaftlich motiviert ist und grundsätzlich nicht

³⁴ Vgl. etwa für das Bestattungswesen BGE 143 I 388 E. 2.2; ferner für die Entsorgung von Siedlungsabfällen Art. 31b Abs. 1 USG (Aufgabe der Kantone).

³⁵ Vgl. BGE 119 Ia 390 E. 11c; 95 I 497 E. 2.

³⁶ KARLEN, S. 454; vgl. auch HETTICH/BÜHLER, S. 119; POLTIER, S. 223.

³⁷ BEYELER, N 779.

³⁸ TANQUEREL, N 1029; vgl. auch BGE 143 II 598 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 91: «... le droit d'exercer une activité ... faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou *entrant dans les tâches de l'État*» (Hervorhebung nur hier).

(vornehmlich) im öffentlichen Interesse liegt. Die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten (wie z.B. die Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser, der Betrieb von Spielbanken, das Jagen und Fischen oder der Plakataushang) können jedoch vom Staat mit Blick auf den Rechtsgüterschutz oder andere öffentliche Interessen über eine Konzessionsordnung einer besonders weitgehenden Steuerung und Kontrolle unterworfen werden. Entsprechend liegt das Interesse des Staates nicht darin, *dass* die Tätigkeit ausgeübt wird, sondern dass sie *kontrolliert* ausgeübt wird.³⁹

Im Gegensatz zur Beleihung tritt der Konzessionär grundsätzlich nicht als verlängerter Arm der Verwaltung auf. Er handelt im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auch auf eigenes Risiko.⁴⁰ Für Schäden, die er Dritten in Ausübung seiner konzidierten Tätigkeit zufügt, ist er mangels spezialgesetzlicher Bestimmungen nach Zivilrecht haftbar.⁴¹ Er ist ferner nicht an die Grundrechte gebunden⁴² und untersteht den für Privatpersonen geltenden Datenschutzvorschriften. Er besitzt grundsätzlich keine hoheitlichen Kompetenzen.

III. Konzession des öffentlichen Dienstes

A. Begriff und Wesen

1. Eine erste Annäherung

Der Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes wird in der Rechtsetzung nicht⁴³ und in der Rechtsprechung kaum⁴⁴ verwendet. Es handelt sich vielmehr um eine Wortschöpfung der Lehre, die sich an die französische Rechtsfigur der «*concession de service public*» anlehnt. Nach wohl vorherrschender Auffassung⁴⁵ betrifft diese Bezeichnung

³⁹ Vgl. zum Ganzen BEYELER, N 779.

⁴⁰ POLTIER, S. 220; vgl. auch BELLANGER, S. 62.

⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 22; WALDMANN, S. 16.

⁴² Vgl. POLTIER, S. 210.

⁴³ Eine Suche auf dem Portal www.lexfind.ch ergab keine Treffer.

⁴⁴ Vgl. immerhin BGer, Urteil 2C_401/2010 vom 14.12.2012 E. 2.3.3; BVGer, Urteil A-3916/2015 vom 22.12.2015 E. 3.1.2; KGer BL, Urteil 810 16 4 vom 9.3.2016 E. 4.2; VGer SG, Urteil B 2008/175 vom 16.6.2009 E. 2.2.

⁴⁵ Statt Vieler DUBEY/ZUFFEREY, N 1418; GRIFFEL, N 382 ff.; KARLEN, S. 456; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 20; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1281. – Nach einem anderen Verständnis bezieht sich der Begriff der «*concession de service public*» auf Konzessionen für wirtschaftliche Tätigkeiten, die aufgrund von öffentlichen Interessen einem rechtlichen Monopol unterstellt worden sind; die Ausübungspflicht bildet lediglich eine Folge davon, stellt aber kein Begriffsmerkmal dar (vgl. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 256 f.; TANQUEREL, N 1042).

Konzessionen, die dem Konzessionär nicht nur das Recht zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit verleihen, sondern ihn mit Blick auf die Wahrung öffentlicher Interessen auch verpflichten, diese Tätigkeit (in einer bestimmten Art und Weise) auszuüben bzw. vom übertragenen Recht Gebrauch zu machen. Solche Ausübungspflichten (sog. *Betriebspflichten*) werden für wirtschaftliche Tätigkeiten statuiert, die im öffentlichen Interesse liegen bzw. einem «Service public» zuzuordnen sind.⁴⁶ Im Einzelnen kann diese Ausübungspflicht in einer Bau- und Betriebs-,⁴⁷ in einer Transport-⁴⁸ oder in einer Dienstleistungspflicht⁴⁹ bestehen. Es handelt sich dabei typischerweise um Bereiche der Infrastrukturverwaltung, in denen dem Gemeinwesen kraft Verfassung oder Gesetz eine Gewährleistungsverantwortung zukommt.⁵⁰ In solchen Fällen hat das Gemeinwesen ein immanentes Interesse daran, dass die Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und -dienstleistungen insgesamt sichergestellt ist. Zu diesem Zweck auferlegt es dem Konzessionär sog. «Service public-Pflichten», ohne ihm eigentliche Staatsaufgaben zu delegieren.

2. Einordnung und Abgrenzungen

Nach herrschender Lehre handelt es sich bei der Konzession des öffentlichen Dienstes um eine Unterkategorie der Monopolkonzession.⁵¹ Zwar könnten gemäss dieser Auffassung auch andere Konzessionen (wie insbesondere Sondernutzungskonzessionen) aufgrund eines öffentlichen Interesses mit einer Ausübungspflicht verknüpft werden; doch wird der Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes für solche Konstellationen nicht als geeignet angesehen.⁵² Andere sehen in der Konzession des öffentlichen Dienstes eine Sonderform der Konzession schlechthin, dies unabhängig davon, ob die Konzession auf einem rechtlichen, natürlichen oder historischen Monopol oder auf einer Konzessionshoheit beruht.⁵³ Für andere wiederum handelt es sich um eine Kombination

⁴⁶ BVGer, Urteil A-3916/2015 vom 22.12.2015 E. 3.1.2; GRIFFEL, N 384; POLTIER, S. 219 ff.

⁴⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 EBG (Eisenbahninfrastrukturkonzession); Art. 36a Abs. 2 LFG (Flughafenbetriebskonzession).

⁴⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 2 PBG (Personenbeförderungskonzession).

⁴⁹ Vgl. etwa Art. 14 FMG (Grundversorgungskonzession für Fernmeldedienstleistungen); Art. 38 ff. RTVG (Leistungsauftrag für Radio- und Fernsehprogramme).

⁵⁰ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 20; WALDMANN, S. 10 f. Im Einzelnen Ziff. 2 hier-nach.

⁵¹ DUBEY/ZUFFEREY, N 1418; GRIFFEL, N 384; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 20 (in § 10 N 14 gehen die Autoren allerdings von einer Erscheinungsform der Beleihung aus); POLTIER, S. 220; BVGer, Urteil A-3916/2015 vom 22.12.2015 E. 3.1.2.

⁵² GRIFFEL, N 384. Vgl. aber BGer, Urteil 2C_401/2010 vom 14.12.2012 E. 2.3.3 (Verknüpfung einer Sondernutzungskonzession für Leitungen und Anlagen mit einem Auftrag zur Gasversorgung auf dem Gemeindegebiet); dazu auch unten C.-3.

⁵³ WALDMANN, S. 10 f.; vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI, N 1281; BGer Urteil 2C_401/2010 vom 14.12.2012 E. 2.3.3.

zwischen Konzession und Beleihung.⁵⁴ Schliesslich lehnen einige den Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes ab und sprechen stattdessen von Beleihung.⁵⁵

Unseres Erachtens drängt sich eine Abgrenzung zur Beleihung nicht zuletzt mit Blick auf die unterschiedliche Rechtsstellung von Beliehenen und Konzessionären auf.⁵⁶ Dies gilt selbst dann, wenn angenommen wird, dass die Konzession des öffentlichen Dienstes Elemente der Beleihung beinhaltet.

Für die Abgrenzung zwischen der Konzession des öffentlichen Dienstes und der Beleihung wird teilweise auf die Natur der übertragenen Aufgabe bzw. auf den Gegenstand der Tätigkeit abgestellt:⁵⁷ Handle es sich hierbei um eine monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit (wie z.B. die Personenbeförderung), liege eine Konzession des öffentlichen Dienstes vor, während die Beleihung die Besorgung von nicht-wirtschaftlichen Verwaltungsaufgaben betreffe. Abgesehen davon, dass die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen öffentlichen Aufgaben mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist,⁵⁸ erweist sich dieses Abgrenzungskriterium für die Bestimmung der Rechtsstellung des Verpflichteten (als verlängerter Arm der Verwaltung [Beliehener] oder als Privater [Konzessionär]) nicht als sachgerecht.⁵⁹

Entscheidend ist unseres Erachtens vielmehr der Grad der staatlichen Verantwortung in einem bestimmten Aufgabenbereich.⁶⁰ Weisen Verfassung oder Gesetz dem Staat eine Erfüllungsverantwortung für eine (wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche) Aufgabe zu und überträgt der Staat diese Verantwortung an einen Privaten, liegt eine Beleihung vor. Begrenzt sich die Verantwortung des Staates hingegen auf eine Gewährleistung der Grundversorgung in einem bestimmten Bereich, ohne dass der Staat selbst zur Erbringung von bestimmten Leistungen verpflichtet wird, stellen Konzessionen (mit Betriebspflicht) ein Instrument dar, um die Sicherstellung der Grundversorgung in diesem Be-

⁵⁴ POLTIER, S. 220 («... la concession de service public se rapproche de la délégation de tâches administratives, voire la recoupe dans une certaine mesure»); KARLEN, S. 456 (Verbindung einer Verleihung mit einer Beleihung).

⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1822, 2719.

⁵⁶ So auch POLTIER, 220 f.; vgl. ebenfalls EGLI, 199, die aber den Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes ablehnt.

⁵⁷ GRIFFEL, N 700 (mit Beispielen); vgl. auch BESSE, S. 97; MAYHALL, S. 64; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 259.

⁵⁸ Vgl. dazu eingehend und mit Beispielen POLTIER, S. 197 ff. – GRIFFEL (N 700) stellt für die Abgrenzung darauf ab, ob für die infrage stehende Tätigkeit ohne staatliches Dazwischentreten ein Markt bestünde. Das Krankenversicherungsobligatorium stelle keine wirtschaftliche Tätigkeit des Staates dar, da sich ein Obligatorium auf dem freien Markt nicht zu entwickeln vermöchte. Demgegenüber hätte sich die gewerbmässige Personenbeförderung auf der Schiene und Strasse auch ohne staatliches Eingreifen allein aufgrund der Kräfte des Marktes etabliert.

⁵⁹ Vgl. auch TANQUEREL, N 1043; WALDMANN, S. 14.

⁶⁰ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 41 ff.

reich insgesamt zu gewährleisten, ohne dass dem Konzessionär damit eine Aufgabe zur selbstständigen Erfüllung übertragen wird. Nach dem bekannten Grundsatz *«nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet»* kann der Staat, dem in einem Bereich lediglich eine Gewährleistungsverantwortung zukommt, einem Privaten keine öffentlichen Aufgaben zur selbstständigen Erfüllung übertragen.

Vor diesem Hintergrund machen Ausübungspflichten eine konzedierte Tätigkeit noch nicht zu einer Staatsaufgabe.⁶¹ Der Private, dem mit der Konzession «Service public-Pflichten» übertragen werden, handelt zwar im öffentlichen Interesse, aber nicht als verlängerter Arm der Verwaltung. Sein Handeln bleibt privat(wirtschaftlich)er Natur und ist nicht direkt dem Staat zurechenbar.

3. (Zwischen-)Fazit

Dem Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes liegt kein einheitliches Verständnis zugrunde. Vereinzelt wird denn auch gefordert, den Begriff aufzugeben.⁶² Die Wortschöpfung, welche die Rechtsfigur der Konzession mit Elementen der Beleihung zu kombinieren scheint, macht jedenfalls nur Sinn, wenn sie für einen einigermaßen klar definierten Begriff verwendet wird.

Als Sonderform der Konzession verknüpft die Konzession des öffentlichen Dienstes die Verleihung eines Rechts zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit der Pflicht, diese (nach bestimmten Vorgaben) auszuüben. Eine solche Ausübungs- bzw. Betriebspflicht hat ihren Grund darin, dass ein öffentliches Interesse an der Tätigkeit besteht. Dieses öffentliche Interesse kann sich aus Zweck- und Zielbestimmungen oder auch aus Gewährleistungsaufgaben ergeben, die dem Gemeinwesen durch Verfassung und Gesetz zugewiesen werden.

Für die Abgrenzung zwischen der Konzession des öffentlichen Dienstes und der Beleihung ist danach zu unterscheiden, ob das Gemeinwesen für die Erfüllung der übertragenen Tätigkeit eine Erfüllungsverantwortung (Leistungsverantwortung) innehat oder ob die übertragene Leistungspflicht des Privaten dem Staat dazu dient, eine übergeordnete Aufgabe (Gewährleistungsverantwortung) sicherzustellen bzw. ein in der Rechtsordnung vorgegebenes Ziel zu verwirklichen. Im ersten Fall handelt es sich um eine Beleihung, im zweiten um eine Konzession des öffentlichen Dienstes. Mit der Anordnung wird aber

⁶¹ Vgl. auch RÜTSCHKE, recht 2013, S. 159 f., gemäss welchem es sich aber gerade bei vielen, gesetzlich vorgesehenen Grundversorgungskonzessionen (wie z.B. Art. 14 FMG oder Art. 25 Abs. 1 RTVG) nicht um eigentliche Konzessionen, sondern um «Leistungsaufträge» handle, mit denen öffentliche Aufgaben übertragen werden (vgl. auch DERS., ZBJV 2016, 84).

⁶² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1822, 2719; vgl. auch EGLI, S. 199; a.M. GRIFFEL, N 385.

keine Staatsaufgabe zur selbstständigen Erfüllung übertragen; die Tätigkeit bleibt vielmehr eine privatwirtschaftliche, selbst wenn daran ein öffentliches Interesse besteht.⁶³

Ob und inwieweit Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen Erfüllungs- oder Gewährleistungsaufgaben definieren, ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln.

B. Rechtsstellung des Konzessionärs des öffentlichen Dienstes

Der Inhaber einer Konzession mit Ausübungspflicht (Konzession des öffentlichen Dienstes im hier verstandenen Sinne) handelt, auch wenn an der Tätigkeit ein öffentliches Interesse besteht, nicht als verlängerter Arm der Verwaltung, sondern im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko.⁶⁴ Hoheitliche Befugnisse (wie z.B. die Verfügungskompetenz) stehen dem Konzessionär nur zu, soweit sie ihm durch das Gesetz oder die darauf gestützte Konzession explizit übertragen worden sind.⁶⁵ Für Schäden, die der Konzessionär in Ausübung seiner Tätigkeiten Dritten verursacht, kommen die Bestimmungen des Privathaftpflichtrechts (und nicht des Staatshaftungsrechts) zur Anwendung, sofern die spezialgesetzlichen Vorschriften (Konzessionsordnung) nichts anderes vorsehen.⁶⁶ Schliesslich ist der Konzessionär nicht direkt an die Grundrechte gebunden, da die Ausübung seiner Tätigkeit nicht in unmittelbarer Erfüllung einer Staatsaufgabe erfolgt;⁶⁷ das konzedierende Gemeinwesen ist allerdings verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte auch im Rechtsverhältnis zwischen dem Konzessionär und Dritten Wirksamkeit entfalten (Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV).

⁶³ Vgl. auch BGE 143 II 598 E. 4.2.2 = Pra 107 (2018) Nr. 91 (Tätigkeit von Taxibetrieben mit «quasi-Service public-Pflichten»). Zu kurz BGE 144 III 111 E. 5.2, wonach die Grundversorgung mit Elektrizität und infolgedessen auch die Netzanschlussverhältnisse in diesem Bereich öffentlichen Interessen dienen *und damit* öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden (Hervorhebung nur hier).

⁶⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 259; RIVA, S. 53; WALDMANN, S. 16; vgl. auch BGE 106 Ib 34 E. 1.

⁶⁵ Vgl. z.B. Art. 36a Abs. 4 LFG (Enteignungsrecht). – Bei einer Beleihung kann auch eine implizit eingeräumte hoheitliche Kompetenz genügen (vgl. Ziff. I.-B.).

⁶⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 22. – Anders BVGE 2010/4 E. 1.1, wonach die Inhaberin einer Flughafenkonzession (Art. 36a LFG) nach Art. 19 VG haftet. Zu diesem Ergebnis kommt das Bundesverwaltungsgericht aber, weil es annimmt, der Flughafenhalter nehme mit dem Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flughafens eine öffentliche Aufgabe des Bundes wahr, womit es im Ergebnis von einer Beleihung ausgeht.

⁶⁷ Art. 35 Abs. 2 BV (*e contrario*); vgl. auch WALDMANN, S. 16; differenzierend MARTENET, S. 127; kritisch RÜTSCH, recht 2013, S. 160.

C. Veranschaulichung anhand von Fallgruppen

Abschliessend sollen (nochmals) einige Berührungspunkte und Abgrenzungen zwischen Beleihungen und Konzessionen anhand von Fallgruppen verdeutlicht werden.

1. Bisweilen kommt es vor, dass das Gemeinwesen öffentliche Aufgaben, für welche es die *Erfüllungsverantwortung* innehat, mittels einer «Konzession» an Private überträgt.

So hatte beispielsweise die Stadt Bern eine private Druckerei durch einen Konzessionsvertrag mit der Herausgabe des Anzeigers für die Stadt Bern betraut. Das Bundesgericht sprach dabei von einer «Verleihung einer Konzession des öffentlichen Dienstes». ⁶⁸ Unabhängig von dieser Bezeichnung lag nach der hier vertretenen Auffassung eine Beleihung vor. Bei der Veröffentlichung amtlicher Mitteilungen handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe, für die eine staatliche Erfüllungsverantwortung besteht. Private, denen diese Aufgabe zur selbstständigen Erfüllung delegiert wird, handeln als Beliehene.

Ähnlich ist wohl auch die folgende Konstellation zu beurteilen: Gemäss § 172 Abs. 1 des basellandschaftlichen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (EG ZGB) sind die Gemeinden für die Nachführung der amtlichen Vermessung zuständig. Sie haben für die Nachführung einen patentierten Ingenieur-Geometer zu bestimmen und mit der entsprechenden Person einen Vertrag abzuschliessen. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft sieht darin eine Konzession des öffentlichen Dienstes, welche die Berechtigung zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit mit einer im öffentlichen Interesse liegenden Betriebspflicht zugunsten Dritter («Service public») verbindet. ⁶⁹ Das kantonale Recht definiert die amtliche Vermessung indes als Aufgabe der Gemeinden und schreibt diesen vor, die Erfüllung der Aufgabe auf einen patentierten Ingenieur-Geometer zu übertragen. Der Umstand, dass die Auslagerung dieser Aufgabe nur auf einzelne Private erfolgt, welche die Tätigkeit unter Ausschluss anderer Privater in verpflichtender Weise zu erfüllen haben, macht daraus noch keine monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit. Es liegt auch hier der Sache nach eine Beleihung vor.

2. Dem Gemeinwesen bleibt es vorbehalten, eine wirtschaftliche Tätigkeit zu *monopolisieren* und als öffentliche Aufgabe (*Staatsaufgabe*) auszugestalten.

So ist beispielsweise das Bestattungswesen in einigen Kantonen monopolisiert und als öffentliche Aufgabe der Gemeinde ausgestaltet worden. ⁷⁰ Würde eine Gemeinde den Betrieb eines Friedhofs an einen Privaten übertragen, handelte es sich hierbei um eine Beleihung.

⁶⁸ BGE 123 III 395 E. 1b.

⁶⁹ KGer BL, Urteil 810 16 4 vom 9.3.2016 E. 4.1–4.2.

⁷⁰ Vgl. BGE 143 I 388 E. 2.2 m.w.H.

Ebenso verpflichtet Art. 31b USG die Kantone zur Entsorgung der Siedlungsabfälle und statuiert dabei zugleich ein Entsorgungsmonopol.⁷¹ Die Kantone können den Entsorgungsauftrag und das Monopol auf die Gemeinden übertragen. Diese wiederum können sich für die Aufgabenerfüllung in Verbänden organisieren. Wird der Vollzug der Entsorgungsaufgaben an Dritte übertragen, handelt es sich selbst dann, wenn dies in Konzessionsform⁷² geschieht, der Sache nach um eine Beleihung. Die Privaten handeln als Beliehene.

3. Eine differenzierte Betrachtung ist angebracht, wo das Gemeinwesen die Erteilung einer *Konzession für die Sondernutzung öffentlicher Sachen mit Leistungspflichten verknüpft*. Betrifft diese Leistungspflicht einen Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung, wird die Sondernutzungskonzession mit einer Beleihung überlagert, sodass der Private hinsichtlich der übertragenen Leistungspflicht als Beliehener zu betrachten ist. Erfolgt die Statuierung der Leistungspflicht hingegen lediglich mit Blick auf die Erfüllung eines Grundversorgungsauftrags («Service public») oder anderer (in der Rechtsordnung verantworteter) öffentlicher Interessen, liegt eine Konzession des öffentlichen Dienstes vor.

Nach den Grundsätzen der Beleihung richtet sich die Rechtsstellung des Verpflichteten beispielsweise dann, wenn eine Gemeinde die Erteilung einer Sondernutzungskonzession für Leitungen und Anlagen der Gasversorgung mit der Pflicht verknüpft, die Gasversorgung, die das Gesetz als öffentliche Aufgabe der Erfüllungsverantwortung der Gemeinde zuweist, auf dem Gemeindegebiet zu besorgen.⁷³

Gemäss Art. 1 des Reglements über die Förderung des Fuss- und Veloverkehrs (RFFV) der Stadt Bern vom 13. Juni 1999 fördert die Gemeinde den Fuss- und Veloverkehr sowie die Sicherheit der schwächeren Verkehrsteilnehmerinnen und Verkehrsteilnehmer. Insbesondere hat die Gemeinde in Massnahmen zur Bereitstellung von genügend und attraktiven öffentlichen Veloabstellplätzen zu investieren. Verknüpft nun die Gemeinde eine Sondernutzungskonzession für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes mit der Pflicht zum Betrieb eines Veloverleihsystems, handelt es sich damit nach dem hier vertretenen Verständnis um eine Konzession des öffentlichen Dienstes.⁷⁴ Die Gemeinde

⁷¹ Statt Vieler BGE 125 II 508 E. 5a; 123 II 359 E. 5b; vgl. auch BGE 143 I 336 E. 4.4.

⁷² Vgl. VGer SG, Urteil B 2008/175 vom 16.6.2009 E. 2.2–2.3 (Konzession des öffentlichen Dienstes). In BGE 134 II 297 E. 3.3 schützte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, welche einen Vertrag für den Abtransport von Hauskehricht als privatrechtlich qualifizierte. Auch hierbei handelt es sich unseres Erachtens um eine Beleihung.

⁷³ Vgl. BGer, Urteil 2C_401/2010 vom 14.12.2012, wo das Bundesgericht allerdings von einer Konzession des öffentlichen Dienstes spricht (E. 2.3.3).

⁷⁴ Das Bundesgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass damit eine öffentliche Aufgabe übertragen werde (vgl. BGE 144 II 177 E. 1.3.4; 135 II 49 E. 5.2.2 = Pra 98 [2009] Nr. 75; BGer, Urteil 2C_229/2017 vom 9.3.2018 E. 2.4); es unterscheidet dabei nicht nach dem Grad der staatlichen Verantwortung (Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung). Mit Blick auf die zu beurteilende

wird durch das Gesetz nicht unmittelbar zum Aufbau und Betrieb eines solchen Verleihsystems verpflichtet. Vielmehr handelt es sich um einen Bereich staatlicher Gewährleistungsverantwortung (Förderung Langsamverkehr). Der Betrieb des Veloverleihsystems bleibt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit.

Literatur

- BELLANGER François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in: Favre *et al.* (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf 2016, S. 43–66.
- BESSE Marc-Olivier, L'investiture du délégataire, in: Favre *et al.* (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf 2016, S. 67–121.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Habil. Bern, Zürich/Basel/Genf 2012.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- EGLI Patricia, Mehr Staat durch Beleihung Privater? Überlegungen zum Beispiel der Berufsbildung, in: Belser *et al.* (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Bern 2015, S. 193–205.
- FAVRE Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou «à caractère ministériel», in: Favre *et al.* (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf 2016, S. 145–192.
- GRIFFEL Alain, *Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegelbild der Rechtsprechung*, Zürich/Basel/Genf 2017.
- GYGI Fritz, *Verwaltungsrecht, Eine Einführung*, Bern 1986.
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HETTICH Peter / BÜHLER Simon, Die Konzession als überholte Rechtsfigur?, in: Häner *et al.* (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, S. 105–122.
- MARTENET Vincent, Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux, in: Favre *et al.* (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf 2016, S. 123–143.
- MAYHALL Nadine, *Aufsicht und Staatshaftung*, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III: *L'organisation des activités administratives, Les biens de l'État*, 2. Aufl., Bern 2018.
- POLTIER Etienne, Délégation d'activités économiques de l'État, in: Favre *et al.* (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf 2016, S. 193–240.
- RIVA Enrico, Konzessionsverhältnis und Leistungsstörung, in: Häner *et al.* (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, S. 51–72.

Rechtsfrage (Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts) spielt diese Unterscheidung allerdings keine Rolle.

RÜTSCHÉ Bernhard, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, *ZBJV* 2016, S. 71–113 (zit. *ZBJV* 2016).

RÜTSCHÉ Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, *recht* 2013, S. 153–162 (zit. *recht* 2013).

TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014.

WALDMANN Bernhard, Die Konzession – Eine Einführung, in: Hänér *et al.* (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, S. 1–26 (zit. *Konzession*).

WALDMANN Bernhard, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht*, Jahrbuch 2007, S. 75–104 (zit. *Monopole*).

WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band II, Bern 2014.

L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse

Sommaire	Page
Introduction	815
I. Le développement du droit des marchés publics en Suisse	817
II. Terminologie des marchés publics en Suisse	818
III. Les bases légales des marchés publics en Suisse	818
IV. La jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant le GPA	823
Vue d'ensemble	825
Bibliographie	826

Introduction

Le destinataire de ces mélanges est connu en Suisse comme l'un des principaux spécialistes du droit des marchés publics¹. Aujourd'hui, ce domaine du droit revêt une grande importance pour les entrepreneurs et les collectivités publiques en Suisse. Cela n'a pas toujours été le cas. Pour l'essentiel, la Suisse a dû adapter son ordre juridique dans le cadre de la libéralisation (globalisation) internationale. La Suisse n'étant pas membre de l'Union européenne (UE), l'Accord sur les marchés publics (communément abrégé « AMP » – néanmoins cité « GPA » dans la présente contribution d'après le titre anglais) revêt un important rôle, notamment dans l'interprétation du droit interne. Ainsi, l'accord

* Professeur à l'Université de Lausanne ; Co-Directeur du programme de maîtrise d'études avancées en droit des affaires internationales (LL.M. in International Business Law).

** Assistant de recherche à l'Université de Lausanne.

¹ Cf. en particulier POLTIER, *Droit des marchés publics*. D'autres travaux de référence dans ce domaine sont notamment GALLI *et al.* ou CLERC/POLTIER ; FETZ (2007), p. 461-596.

a un rôle similaire à celui des décrets d'application au sein de l'UE et à celui de la jurisprudence existante de la Cour de justice européenne (CJUE)².

La présente contribution examine dans quelle mesure le GPA joue un rôle dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et ce que l'on peut en déduire pour l'impact des accords internationaux (notamment dans le domaine du droit international économique) en droit suisse et en particulier en droit économique et pour l'ouverture des marchés pour la Suisse³. Bien que dans l'ensemble la jurisprudence topique tant au niveau fédéral comme au niveau cantonal soit éparse, nous traiterons brièvement des affaires les plus importantes dans les pages qui suivent⁴. Ceci est d'autant plus intéressant que le Conseil national et le Conseil des États ont adopté à l'unanimité, le 21 juin 2019, une révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP), qui a été essentiellement déclenchée par le développement du GPA au niveau international. En effet, le Parlement a récemment également adopté à l'unanimité l'Accord révisé sur les marchés publics l'OMC (GPA 2012)⁵. Une révision dont le dessein était en particulier de prendre en considération la compatibilité entre la volonté de certaines parties avec le droit de l'OMC⁶. En ce sens, le présent texte vise à contribuer au débat sur l'effet du droit international dans l'ordre juridique suisse – et en particulier la position du droit de l'OMC en Suisse. Une thématique quelque peu négligée ces dernières années, après que la littérature ait effectivement abordé le sujet pendant les années 1990⁷.

² Cf. la littérature abondante concernant les rapports entre le droit national et le droit européen des marchés publics, dont par exemple la contribution de FRENZ pour l'Allemagne.

³ Cf. à propos de cette problématique, par exemple, LYDGATE, p. 561-582.

⁴ En outre, il ne faut évidemment pas oublier qu'aujourd'hui, le Tribunal administratif fédéral (et les autres autorités cantonales en particulier) prennent des décisions intéressantes dans ce domaine. Les procédures de recours précédemment traitées par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral depuis le 1^{er} janvier 2007 (art. 27 LMP), voir par exemple récemment l'Arrêt du Tribunal Administratif Fédéral B-4011/2018 du 11 Octobre 2018 (consid. 3.6) concernant l'interprétation de la LMP en conformité avec le droit international (à la lumière du GPA) ; également discuté dans RAUBER (2018).

⁵ Cf. la documentation de la Chancellerie fédérale à l'adresse suivante <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>.

⁶ Cf. *infra*.

⁷ Cf. ZIEGLER (2010), p. 391-407 ou ZIEGLER (2012), p. 322-341.

I. Le développement du droit des marchés publics en Suisse

Les marchés publics en Suisse ont pendant longtemps été considérés comme un domaine pratiquement dénué de normes⁸. Il était considéré comme presque caractéristique de la structure fédérale du pays, avec une autonomie généralement étendue pour chaque commune, que les autorités locales étaient responsables au premier chef du développement économique local lors de l'attribution de leurs contrats. Il n'est donc pas surprenant que les développements économiques et juridiques des vingt dernières années aient dû conduire à une réorientation en profondeur avec les difficultés d'adaptation correspondantes.

En substance, la situation jusqu'en 1995 peut être résumée comme suit : en Suisse, il n'y avait pratiquement aucune prétention juridique individuelle visant au respect d'une procédure d'adjudication de marchés publics et l'adjudicateur public jouissait d'une liberté quasi-totale dans le choix du soumissionnaire à prendre en considération.

D'un point de vue procédural, cela a surtout conduit à des procédures de protection juridique très limitées, ce qui, dans de nombreux cas, excluait complètement l'accès à un tribunal⁹. Les décisions d'adjudication n'étant pas considérées comme des *décisions* susceptibles de recours, les voies de droit contre ce type d'action administrative étaient extrêmement limitées. Dans la plupart des cantons, il n'y avait pas de recours juridictionnel contre les décisions d'adjudication. Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, il s'agissait d'une « activité administrative au sens large » qui ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours devant des juridictions administratives (que de toute manière l'on pourrait qualifier de rudimentaires à l'époque)¹⁰. Ainsi, jusqu'à la fin des années 1990, le Tribunal fédéral n'a accordé la possibilité d'interjeter un recours que si un déni de justice formel ou une violation des droits procéduraux était invoqué sur la base du droit procédural cantonal ou de l'article 4 de l'ancienne Constitution fédérale de 1874 (aCst)¹¹.

⁸ Dans ce sens, se référer à l'importante contribution de MÜLLER au droit constitutionnel et droit administratif suisse (principalement en matière de naturalisation). Cf. *infra* Section 3.

⁹ Cf. à ce propos ATF 119 Ia 424 ou 126 I 144, ainsi que ALBERTINI, p. 279 ss.

¹⁰ Cf. CLERC/POLTIER, n° 29 pour plus d'information.

¹¹ Cf. pour l'ancien droit ATF 114 Ia 307 consid. 3c ; 118 Ia 232 consid. 1a ; 119 Ia 424 consid. 1c et 2.

II. Terminologie des marchés publics en Suisse

La terminologie juridique utilisée en Suisse est très variée. Si le terme « marchés publics » s'est imposé en raison des influences internationales au niveau fédéral et dans de nombreux cantons de Suisse alémanique¹², de nombreux actes législatifs cantonaux utilisent encore les termes plus traditionnels de droit en matière d'adjudication et de soumissions (*Submissionen* et *der Submissionen*)¹³. C'est pourquoi le terme « *Submittenten* » est souvent utilisé aujourd'hui pour désigner les soumissionnaires en Suisse alémanique. Les termes « droit des marchés publics » et « marchés publics » en général étaient initialement rares et principalement utilisés dans les régions frontalières avec l'Allemagne¹⁴, démontrant là encore, du moins en Suisse alémanique, que l'on peut difficilement échapper à l'influence du droit et de la doctrine allemande¹⁵.

En Suisse romande, on parle généralement de « adjudication des marchés publics »¹⁶ ou « passation de marchés (publics) »¹⁷, mais aussi de « soumissions »¹⁸. Les expressions « achat public » ou « achats de l'État » utilisées en France ne sont normalement pas employées dans ce contexte. Au Tessin, on parle de « *commesse pubblica* » ou « *appalti pubblici* ». Outre une dispersion de la jurisprudence, cette diversité linguistique ne facilite pas particulièrement la recherche des décisions judiciaires pertinentes.

III. Les bases légales des marchés publics en Suisse

Depuis 1996, l'adjudication des marchés publics a fait l'objet d'une réorganisation complète à tous les niveaux, c'est-à-dire au niveau fédéral, cantonal et, dans certains cas, communal. Les développements dans le cadre de l'OMC, mais aussi dans le marché intérieur européen, n'ont guère eu un effet aussi spectaculaire et direct dans aucun autre domaine du droit que celui des marchés publics. Il s'agit d'un excellent exemple

¹² Par exemple, les cantons de Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Lucerne, Nidwald (partiellement), Obwald (partiellement), Schwytz, Soleure (partiellement), Thurgovie, Uri (partiellement), Zurich (partiellement). Cf. à ce propos GALLI *et al.*, p. 34-40.

¹³ Voir par exemple les actes législatifs adoptés dans les cantons d'Argovie, Glaris, Grisons, Nidwald (partiellement), Obwald (partiellement), Soleure (partiellement), Uri (partiellement), Zoug et Zurich (partiellement).

¹⁴ Canton de Schaffhouse (partiellement).

¹⁵ Cf. SCHNEIDER. Le terme a également prévalu en Autriche ; à ce propos cf. HOLOUBEK *et al.*

¹⁶ Cantons du Jura, Genève (partiellement), Neuchâtel, Vaud et Valais.

¹⁷ Canton de Genève (partiellement).

¹⁸ Canton de Genève (partiellement).

d'interaction entre le droit international, régional et national, dans lequel la garantie de certains principes fondamentaux au niveau international a conduit à la création de droits et de voies de droit correspondants au niveau national (y inclus les cantons et communes). On peut donc parler d'un exemple intéressant de « gouvernance à plusieurs niveaux » (*multilayered governance*) dans ce domaine.

En raison de la structure fédérale de la Suisse et d'une forte intégration économique aux niveaux régional et mondial, le droit suisse des marchés publics reste très fragmenté¹⁹. Les règles applicables se trouvent dans un grand nombre de sources, ce qui porte gravement atteinte à la sécurité juridique et à la transparence²⁰ et se reflète également dans la jurisprudence²¹.

Au niveau international, la Suisse a adhéré à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (GPA 1994)²² dans le cadre de l'OMC. Il s'agit d'un accord plurilatéral auquel seule une partie des membres de l'OMC est liée, contrairement aux accords multilatéraux issus de du cycle d'Uruguay. En Suisse, la référence à cet accord est généralement faite en anglais, de sorte que l'on trouve généralement dans la jurisprudence l'abréviation GPA pour *Government Procurement Agreement*, en même temps que la référence germanisée et l'abréviation allemande « ÜoeB ». Cet accord régit l'attribution des marchés dans la Confédération et les cantons, mais aussi dans les districts et les communes²³. Dans tous les domaines, l'assujettissement ne se fait en principe qu'au-dessus d'une certaine valeur seuil.

Le facteur décisif de la coopération internationale dans le domaine des marchés publics a été la prise en compte du fait que l'État et les entités contrôlées directement ou indirectement par lui consomment une grande partie des biens (infrastructures, moyens de transport, médicaments et équipements médicaux, etc.) et des services (construction routière, entretien des infrastructures, etc.) dans de nombreux États, et que les marchés publics peuvent entraîner une distorsion importante du marché, adoptant parfois une

¹⁹ STÖCKLI, p. 32.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Outre la mise en œuvre du GPA 2012 dans la LMP, l'un des principaux objectifs de la révision adoptée en 2019 était d'harmoniser autant que possible et de manière significative les réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics. Cela répond à une demande émise par l'industrie depuis des années, car l'hétérogénéité de la situation juridique actuelle a entraîné une insécurité juridique inutile et des procédures coûteuses.

²² RS 0.632.231.422.

²³ Alors qu'à l'origine, conformément au GPA, les districts et les communes devaient uniquement réglementer les contrats attribués aux entreprises dans les secteurs de l'eau potable, des transports et de l'approvisionnement énergétique, les négociations avec l'UE ont conduit à une expansion substantielle dans ce domaine. En ce qui concerne l'applicabilité du GPA aux marchés publics passés par des collectivités publiques locales (c'est-à-dire, à l'échelon le plus bas des subdivisions administratives) dans le cadre des États membres de l'UE, voir ci-dessous.

tendance protectionniste. Par conséquent, il est dans l'intérêt de tous les États de soumettre les marchés publics de biens et de services à une réglementation commune tendant vers plus de libéralisation. Dans ce cadre, il est souvent convenu de certains seuils au-delà desquels ces règles s'appliquent afin de limiter la charge de travail. En outre, l'assujettissement à ces règles communes peut être limité à certains secteurs et aux demandeurs étatiques. Plus on suppose que le nombre d'organismes et de secteurs gouvernementaux est élevé et plus les seuils choisis sont bas, plus l'effet de libéralisation sera important. En ce qui concerne l'aspect procédural, les principales obligations convenues sont la transparence par le biais d'obligations de publication, la non-discrimination, la vérifiabilité judiciaire et les garanties procédurales²⁴. En outre, le marché doit normalement être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour l'OMC, il convient toutefois de noter que ce domaine n'a été réglementé que dans le cadre d'un accord plurilatéral. Celui-ci prévoit également des seuils²⁵ et l'obligation d'attribuer au soumissionnaire économiquement le plus avantageux. En principe, chaque pays détermine lui-même les organismes gouvernementaux qu'il place sous son contrôle. L'accord contient également des obligations de transparence (art. XIX), une clause prévoyant l'application du principe de la nation la plus favorisée et de traitement national (art. III), ainsi que d'autres garanties de procédurales (art. VIII, XI, XIII, etc.). Dans le cadre de la mise en œuvre du GPA 1994, la Suisse a introduit la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)²⁶ qui, outre les obligations découlant de l'OMC, vise également à tenir compte des obligations découlant des accords bilatéraux et à éviter toute discrimination entre cantons.

Malgré la paralysie des réformes et la crise de l'OMC, il a été possible d'aboutir à un accord dans le domaine des marchés publics afin de réviser le GPA (GPA 2012)²⁷. Suite à l'aboutissement de ces négociations, l'administration fédérale a élaboré une révision totale de la LMP, que le Conseil national et le Conseil des États ont adopté à l'unanimité le 21 juin 2019. Parallèlement, le Parlement a également adopté à l'unanimité l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (GPA 2012)²⁸. Il est particulièrement intéressant de noter à ce propos que de nombreuses différences subsistent dans la loi, selon que l'adjudication du marché public est soumise (c'est-à-dire, en vertu du champ

²⁴ Pour une explication de ces principes de droit (international) économique cf. ZIEGLER (2017), n° 324.

²⁵ En règle générale, 130 000 droits de tirage spéciaux (DTS) du FMI, en 2016 environ 230 000 CHF ; pour les biens et services de la Confédération ou 200 000 DTS (environ 350 000 CHF) pour les cantons, mais plus élevés dans certains cas, en particulier pour les contrats de constructions normalement 5 000 000 DTS, soit environ 8,7 millions CHF.

²⁶ RS 172.056.1.

²⁷ Cf. à ce propos, par exemple, ANDERSON/MÜLLER.

²⁸ Cf. la documentation de la Chancellerie fédérale à l'adresse suivante <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>.

d'application d'un traité) ou non à d'autres engagements en vertu droit international²⁹. Outre des dispositions procédurales la question des critères d'attribution non conformes au droit de l'OMC a été particulièrement controversée³⁰. Cela démontre d'une manière particulièrement élégante que, parfois seuls les engagements internationaux permettent de dépasser les intérêts nationaux particuliers et d'atteindre une plus grande transparence et équité³¹.

L'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999³² renforce les standards de l'accord de l'OMC dans le domaine dans le cadre des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. Il s'agit d'un des accords dits bilatéraux, car ils sont devenus de plus en plus importants à la suite du rejet de l'EEE par le souverain suisse. Celui-ci est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002. Il est particulièrement important que cet accord soumette également l'attribution des marchés par des autorités et organismes publics à l'échelon communal aux règles générales du GPA (Chapitre I). En outre, l'accord étend l'applicabilité sectorielle aux services de télécommunications, d'énergie et de transport ferroviaire (Chapitre II). Ce complément au GPA est entré en vigueur le 7 février 2003³³. Afin de parvenir au même degré de libéralisation et à un ensemble de règles aussi uniforme que possible pour les États membres de l'AELE participant à l'EEE, des adaptations correspondantes ont été apportées lors de la révision de la Convention AELE en 2001³⁴. De nombreux autres accords commerciaux bilatéraux utilisent le modèle du GPA. Si tous les partenaires sont déjà des États membres du GPA, le degré de libéralisation bilatérale n'est normalement augmenté que par l'ajout d'agences gouvernementales et/ou de secteurs supplémentaires et l'abaissement des seuils.

La Confédération a promulgué diverses lois et ordonnances qui influencent le domaine des marchés publics. La loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)³⁵ peut être considéré comme un acte de transposition du GPA. Cette loi fédérale est complétée par l'Ordonnance sur les marchés publics 11 décembre 1995 (OMP)³⁶. La loi fédérale et l'ordonnance sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1996 et ont depuis été révisés à plusieurs reprises. Dans sa forme révisée, l'ordonnance met également en œuvre l'accord bilatéral avec l'Union européenne au niveau fédéral. Diverses lois spé-

²⁹ Art. 3 let. c de la LMP révisé du 21 Juin 2019 (LMP 2019).

³⁰ Art. 29 LMP 2019.

³¹ Cf. à ce sujet SCHÖCHLI. Au niveau international, par exemple, GEORGIEVA.

³² RS 0.172.052.68. Pour un examen en détail cf. BIAGGINI, p. 651-731.

³³ Cf. GALLI *et al.*, p. 22-23, STÖCKLI, p. 21 et WEBER, p. 110-112.

³⁴ RS 0.0.632.31 ; art. 37 dans le Chapitre XII et l'Annexe R. Cf. le Message du Conseil fédéral relatif à l'amendement de l'Accord du 21 juin 2001, FF 2001, p. 4729 ss, en particulier p. 4763 ss.

³⁵ RS 172.056.1.

³⁶ RS 172.056.11.

ciales influencent l'adjudication du marché dans des domaines particuliers, tels que le développement du transport ferroviaire transalpin³⁷ ou la construction de routes nationales³⁸. En outre, certaines ordonnances fédérales complètent ces réglementations à certains égards³⁹.

En principe, l'élaboration des procédures de passation des marchés publics au niveau des cantons, des districts ou des communes est laissée à l'appréciation des autorités compétentes. C'est pourquoi chaque canton dispose aujourd'hui de sa propre loi cantonale sur les marchés publics, souvent désignée sous le nom de la loi en matière d'adjudication (*Submissionsgesetz*)⁴⁰. En outre, il existe des actes législatifs au niveau des communes ou des districts.

Afin d'éviter les discriminations et d'assurer une mise en œuvre uniforme des obligations internationales, les cantons ont conclu l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP)⁴¹. Il s'agit d'un concordat, instrument de coordination entre les cantons dans leurs domaines de compétence. Tous les cantons ont adhéré à ce concordat.

Afin de garantir un certain degré minimum de libéralisation et de non-discrimination dans l'ensemble du marché intérieur suisse, plusieurs actes législatifs fédéraux visant à promouvoir la concurrence et l'ouverture du marché en Suisse contiennent également des dispositions importantes pour les marchés publics dans les cantons et les communes. Cela vaut en particulier pour les dispositions de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI)⁴² et la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)⁴³. La Loi sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 (LDét)⁴⁴ contient également des dispositions relatives aux marchés publics dans la mesure où le salaire minimum et les conditions de travail sont fixés pour les travailleurs détachés en Suisse.

³⁷ Art. 13 de la Loi sur le transit alpin du 4 octobre 1991 (RS 742.104) en lien avec l'Ordonnance sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes du 28 février 2001 (RS 742.104.1).

³⁸ Par exemple, art. 38 ss de l'Ordonnance sur les routes nationales du 7 novembre 2007 (RS 725.111) (auparavant : Art. 44 ss de l'Ordonnance du 18 décembre 1995 sur les routes nationales (ORN)).

³⁹ Quelques exemples sont l'Ordonnance du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics (RS 172.056.111), l'Ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (RS 172.056.12) et l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (RS 172.056.15).

⁴⁰ Cf. la vue d'ensemble présentée dans GALLI *et al.*, p. 34-40.

⁴¹ L'accord intercantonal peut être consulté auprès des recueils législatifs cantonaux, par exemple, pour le canton de Saint-Gall : https://www.gesetzessammlung.sg.ch/app/de/texts_of_law/841.32.

⁴² RS 943.02.

⁴³ RS 251.

⁴⁴ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét) du 8 octobre 1999 (RS 823.20).

IV. La jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant le GPA

Une série particulièrement importante d'affaires relevant de la compétence du Tribunal fédéral concerne la classification d'un bien ou d'un service et le marché correspondant. Cela est particulièrement important lorsque les règles applicables diffèrent selon que l'on relève ou non du *champ d'application d'un traité*⁴⁵. En 1998, le Tribunal fédéral s'est référé pour la première fois aux annexes du GPA dans son arrêt ATF 125 II 86 afin d'établir cette question. La Cour suprême fédérale a également déclaré, pour la première fois, que le GPA pouvait être consulté alors même qu'il n'est pas directement applicable⁴⁶.

Peu après, le Tribunal fédéral a déclaré dans un nouvel arrêt⁴⁷ que l'*adjudication d'une concession* n'entraîne qu'exceptionnellement dans le champ d'application du GPA, puisque pratiquement aucun engagement n'avait été pris⁴⁸. Récemment, dans une décision du 21 février 2019⁴⁹, le Tribunal fédéral a toutefois eu pour la première fois l'occasion d'examiner en détail les Annexes 2 et 3 de l'Appendice I pour la définition de l'expression « organisme de droit public ».⁵⁰ Le Tribunal fédéral s'est également référé, du moins marginalement, au GPA dans son appréciation (dans l'arrêt du 9 janvier 2009⁵¹) de la question de savoir si une concession pour la mise à disposition de vélos en libre-service constitue un marché public.⁵² Dans un arrêt du 18 juillet 2016⁵³, la notion « organisme de droit public » a été à nouveau précisée en détail à la lumière des annexes du GPA. De même, dans deux arrêts de 2018 (ATF 144 II 177 consid. 1.3 et l'ATF 144 II 184), il a été fait référence de manière fortuite à la définition large des marchés publics du GPA (art. I par.1 et art. II).

45 Pour un approfondissement à ce propos cf. BEYELER.

46 Cf. consid. 8, à ce propos ZUFFEREY/REVAS, p. XVI et XVII.

47 ATF 125 I 209 du 26 avril 1999.

48 Il est intéressant de relever que c'est précisément cette absence de dispositions favorisant la concurrence dans l'octroi des concessions qui fait l'objet de discussions croissantes, cf. Accès aux marchés fermés de la Confédération – Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 15.3398 Caroni du 5 mai 2015, Berne 7 juin 2019. Cf. ZWALD, p. 28-31.

49 Arrêt du 21 février 2019 (2C_196/2017), consid. 4.2. Le Tribunal fédéral s'est également prononcé en détail sur POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, p. 1115.

50 Cf. à ce propos RAUBER (2019).

51 ATF 135 II 49, consid. 4.3.1. et 5.2.2.

52 En particulier l'art. II par. 2 et l'Annexe 4 de l'Appendice I.

53 ATF 142 II 369, consid. 3.

En outre, les *aspects procéduraux* du GPA⁵⁴ sont relativement fréquemment évoqués, en particulier l'art. XIII GPA (présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés). Ces questions sont particulièrement importantes en raison des engagements internationaux en matière de transparence, non-discrimination et des garanties procédurales. Pour la première fois, une brève référence y a été faite dans une décision du 28 juin 2004⁵⁵, puis à nouveau dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2008⁵⁶, où l'importance du GPA pour l'interprétation du droit suisse est soulignée. Un arrêt du 4 septembre 2015⁵⁷ mentionne l'art. XIII GPA comme étant à l'origine d'un règlement applicable en droit suisse, sans que cela n'ait d'autres suites. De même, dans un arrêt du 18 juillet 2017⁵⁸, un renvoi est brièvement effectué à l'art. XIII GPA afin d'établir la signification de l'art. 13 AIMP. Dans ce domaine, nous pouvons également mentionner la référence, dans un arrêt du 11 mars 2011⁵⁹, à la répartition de la charge de la preuve (art. XV GPA), qui a été transposée en droit suisse. Enfin, le Tribunal fédéral traite de la mise en œuvre en droit suisse des dispositions en matière de garanties procédurales contenues dans l'art. XX GPA dans un arrêt du 21 août 2015⁶⁰.

La décision du 1er mars 2015⁶¹ peut sans doute être désignée comme la plus détaillée du Tribunal fédéral sur le GPA. D'une part, il a à nouveau été question de la qualification de l'adjudication (et donc de l'applicabilité du GPA)⁶² et, d'autre part, des règles de procédure qui en découlent (l'existence de la clause d'urgence permettant de s'écarter des règles de procédure plus complexes)⁶³. Cette procédure a été marquée par une dissension complète avec le droit de l'UE dans ce domaine, étant précisé que les règles adoptées à l'OMC sont les mêmes⁶⁴.

⁵⁴ Cf. à ce sujet ZIEGLER (2011), p. 99-117.

⁵⁵ ATF 130 I 241, consid. 4.3.

⁵⁶ ATF 134 II 192, consid. 2.3.

⁵⁷ ATF 141 II 353, consid. 6.1.

⁵⁸ ATF 143 II 553, consid. 6.4 et 7.1, cf. à ce propos KÄSER.

⁵⁹ ATF 137 II 313, consid. 3.5.2.

⁶⁰ ATF 141 II 307, consid. 6.3.

⁶¹ ATF 141 II 113. Cette décision a bien entendu été également discutée par l'honorable POLTIER, Commentaire de l'Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1131/2013. Cf. également KLABER.

⁶² Consid. 3.2.1 sur l'Annexe 2 de l'Appendice I GPA.

⁶³ Consid. 4 et 5 sur l'art. VII par. 3 let. a-c, l'art. IX par. 1, art. X par. 3 et l'art. XV par. 1 let. c GPA.

⁶⁴ Consid. 5.3 : « Les développements ainsi consacrés par le droit de l'UE peuvent servir de source d'inspiration aux juridictions suisses ». Déjà dans l'ATF 142 II 369 (voir *supra*) le renvoi étendu à la jurisprudence de la CJUE se remarque : arrêt CJUE du 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG contre Ärztekammer Westfalen-Lippe*, C-526/11 et arrêt CJUE du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.

Vue d'ensemble

La jurisprudence du Tribunal fédéral se réfère régulièrement au droit de l'OMC respectivement au GPA. Afin d'en avoir une vue d'ensemble, les décisions concernant le domaine sont énumérées ci-après :

Année	Référence	Domaine	Dispositions du GPA 1994 concernée(s)
2019	2C_196/2017	Champ d'application	Appendice I, Annexe 3, nbp 1 Appendice I, Annexe 2
2018	ATF 144 II 184	Champ d'application	Art. I par. 1
2018	ATF 144 II 177	Champ d'application	Art. I par. 1
2017	ATF 143 II 553	Dispositions procédurales	Art. XIII
2017	ATF 143 II 425	Champ d'application Dispositions procédurales	Art. III par.1 ; art. XIII let. a
2016	ATF 142 II 369	Champ d'application	Art. I par. 1 ; Annexes
2015	ATF 141 II 353	Dispositions procédurales	Art. XIII
2015	ATF 141 II 307	Dispositions procédurales	Art. XX
2015	ATF 141 II 113	Champ d'application Dispositions procédurales	Art. I par. 1 ; art. VII par. 3 ; art. IX ; art. XV par. 1 let. c
2011	ATF 137 II 313	Dispositions procédurales	Art. XV
2009	ATF 135 II 49	Champ d'application	Art. II par. 2 ; Appendice I
2008	ATF 134 II 192	Dispositions procédurales	Art. XIII
2004	ATF 130 I 241	Dispositions procédurales	Art. XIII
1999	ATF 125 I 209	Champ d'application	Appendice I
1998	ATF 125 II 86	Champ d'application Dispositions procédurales	Appendice I, art. XII par. 2 let. h Préambule et art. XVII

Certaines de ces références n'étaient pas toujours nécessaires. Dans de nombreux cas (en particulier les plus anciens), il n'est fait référence au GPA qu'à titre de garantie complémentaire, et ensuite précisé que la mise en œuvre nationale correspond exactement à cette exigence. Plus intéressants sont évidemment les jugements dans lesquels le droit interne n'est pas clair ou est incomplet de sorte qu'une interprétation conforme au droit international se justifie ou contribue même à combler cette lacune. Cela est particulièrement le cas en raison des définitions assez larges du GPA.

Comme déjà mentionné, une analyse complète du rôle du GPA en Suisse devrait inclure au moins la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (et auparavant de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics). Sur la base de l'analyse ponctuelle mentionnée dans cet article, sa jurisprudence semble également étayer les conclusions tirées ici⁶⁵.

⁶⁵ Cf. à ce propos FETZ (2009).

Bibliographie

- ALBERTINI Michele, Die bundesgerichtlichen Kriterien zum öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz im Submissionsverfahren, eine Analyse der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis und insbesondere BGE 199 Ia 424, *recht* 1994, p. 279 ss.
- ANDERSON Robert D. / MÜLLER Anna Caroline, The revised WTO agreement on government procurement (GPA) – key design features and significance for global trade and development, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, Nr. 4, 2017, p. 949-1008.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich 2012.
- BIAGGINI Giovanni, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in : Thürner/Weber/Portmann/Kellerhals (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zurich 2007, p. 651-728.
- CLERC Evelyne / POLTIER Etienne, Commentaire de l’art. 9 LMI, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Commentaire Romand – Droit de la Concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013.
- FETZ Marco, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in : Cottier/Oesch (édit.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2^e éd., Bâle 2007, p. 461-596.
- FETZ Marco, *Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes – der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (1996-2006), des Bundesverwaltungsgerichtes (2006-2008), inoffizielle Zusammenfassungen der wichtigsten Entscheide ab 1996 bis und mit 2008*, Berne 2009.
- FRENZ Walter, *Vergaberecht EU und national*, Berlin 2018.
- GALLI Peter / MOSER André / LANG Elisabeth / STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3^e éd., Zurich 2013.
- GEORGIEVA Irena, *Using Transparency Against Corruption in Public Procurement – A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*, Cham 2017.
- HOLOUBEK Michael / FUCHS Claudia / HOLZINGER Kerstin, *Vergaberecht – Lehrbuch*, 5^e éd., Vienne 2018.
- KÄSER Beatrice, Das Bundesgericht hat entschieden : Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt, *Kriterium – Information zur Submissionspraxis*, Nr. 44, 2018.
- KLABER Fabian, 2C_1131/2013 : Die Vergabe eines Auftrages im Staatsvertragsbereich anhand eines Einladungsverfahrens verstösst gegen das Binnenmarktgesetz (amtl. Publ., frz.), 2015, <https://swissblawg.ch/2015/04/2c11312013-die-vergabe-eines-auftrages.html> (consulté le 25.07.2019).
- LYDGATE Emily, Is it Rational and Consistent ? The WTO’s Surprising Role in Shaping Domestic Public Policy, *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, Nr. 3, 2017, p. 561-582.
- MÜLLER Georg, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in : Huber (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge : Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109-125.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- POLTIER Etienne, Les pouvoirs adjudicateurs. Champ d’application personnel du droit des marchés publics, *AJP* 9/2008, p. 1115.

- POLTIER Etienne, Marchés publics, recours de la Comco, application de la clause d'urgence (Commentaire de : Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1131/2013 du 31 mars 2015 publié à l'ATF 141 II 113), 2015, *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, https://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=1045&lang=de (consulté le 25.07.2019).
- RAUBER Martin, B-4011/2018 : Zulässigkeit von Losbeschränkungen in Vergabeverfahren, 2018, <https://swissblaw.ch/2018/10> (consulté le 25.07.2019).
- RAUBER Martin, 2C_196/2017 : subjektiver Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ; Begriff « Einrichtung des öffentlichen Rechts » (amtl. Publ.), 2019, <https://swissblaw.ch/2019/03> (consulté le 25.07.2019).
- SCHNEIDER HEUSI Claudia, *Vergaberecht*, 2^e éd., Zurich et Saint-Gall 2018.
- SCHÖCHLI Hansueli, « Heimatschutz zulasten der Steuerzahler », *Neue Zürcher Zeitung*, 21 Juin 2019.
- STÖCKLI Hubert, *Das Vergaberecht der Schweiz – Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung*, 5^e éd., Fribourg 2002.
- WEBER Rolf H., Verhältnis bilaterale Verträge zu EU-Recht und WTO-Recht, in: Thürner/Weber/Portmann/Kellerhals (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zurich 2007, p.103 ss.
- ZIEGLER Andreas R., Die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 EMRK für das Rechtsmittelverfahren im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz, in: Bungenberg/Huber/Streinzi (édit.), *Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag*, Stuttgart 2011, p. 99-117.
- ZIEGLER Andreas R., *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Berne 2017.
- ZIEGLER Andreas R., Subtle but Enduring—The Role of Domestic Courts in Shaping of International Economic Law through Proper Interpretation of Domestic Law : The WTO Agreement before Swiss Courts (Chapter 14), in: Fauchald/Nollkaemper (édit.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford 2012, p. 322-341.
- ZIEGLER Andreas R., The Application of WTO Law in Switzerland, in : Dordi/Claudio (édit.), *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, Turin 2010, p. 391-407.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste / REVAS Benoît, *Le nouveau droit des marchés publics*, Fribourg 1997.
- ZWALD Thomas, Ausschreibung von Konzessionen, *Die Volkswirtschaft* 3/2010.

III

Droit du territoire, de l'énergie et de l'environnement

BENOÎT BOVAY*

SOS ISOS

Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs

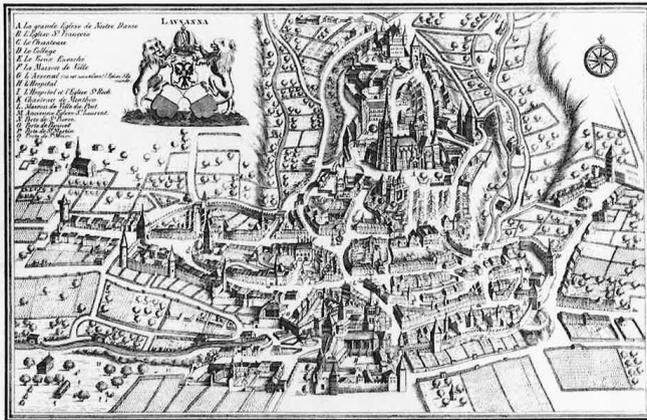
1. Lotissement résidentiel inscrit dans la pente et regroupant des maisons individuelles, avec une mise en œuvre soignée et des décorations élégantes, une unité de style due à un nombre restreint de promoteurs, avec de nombreuses références régionalistes, ainsi qu'à l'art nouveau, classicisant ou néoclassique. Jardins souvent arborisés. Remarquable composition alternant caractère pittoresque et urbain, avec une grande authenticité, de rares objets du dernier quart du XIX^e siècle, mais essentiellement des années 1912-1933 jusqu'aux années 60.

Ainsi décrit par l'inventaire ISOS, qui lui a attribué un objectif de sauvegarde de premier ordre (A), ce quartier de Beaulieu en dit long sur l'éclectisme de ses habitants. Sensible au charme des quartiers anciens et à la protection du patrimoine bâti, le dédicataire de ces *Mélanges* connaît bien ce quartier préservé. C'est donc une bonne entrée en matière pour aborder un sujet qui a pris de l'ampleur dans la jurisprudence fédérale et vaudoise et a permis une meilleure utilisation de l'inventaire fédéral dans les tâches cantonales et communales, en matière de planification et de permis de construire, en particulier à Lausanne, dont l'inventaire ISOS n'a été établi que ces dernières années.

C'est aussi l'occasion de revenir sur l'enseignement et l'intérêt d'Etienne Poltier pour le droit de l'aménagement du territoire dont le lien avec la préservation du patrimoine bâti est fait par l'art. 27 LAT. Début 2019, le premier colloque du nouveau Centre d'études en droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire (CEDEAT) de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne a été consacré à cette thématique avec des regards croisés suisses (fédéraux et cantonaux) et français. Dans notre participation aux *Mélanges* en l'honneur du Professeur Thierry

* Professeur à l'Université de Lausanne.

Tanquerel consacrée aux clauses d'esthétique¹, cet apport de l'ISOS n'a pas pu être développé. Il est donc intéressant d'aborder ici ce thème par une balade dans la jurisprudence concernant l'ISOS à Lausanne et environs, sans être exhaustif en raison du format limité de cette contribution. Au moment de la rédaction de celle-ci, c'est aussi l'occasion de marquer les 10 ans de l'arrêt de principe concernant la Commune de Rüti², rendu le 1^{er} avril 2009 par les juges du Tribunal fédéral de Mon Repos – lieu historique et emblématique lausannois –, qui ont mis en évidence la portée de l'inventaire fédéral des sites et ouvrages construits dans les décisions cantonales et communales même sans l'exécution d'une tâche fédérale.



Plan de Lausanne de 1642 (© Secrétariat général et cadastre de la Commune de Lausanne)

2. La jurisprudence rappelle régulièrement que les autorités en charge de l'aménagement du territoire bénéficient d'une importante liberté d'appréciation dans l'accomplissement de leurs tâches (art. 2 al. 3 LAT) et notamment dans celles de planification, mais sans que

¹ *Bien bâtir, Les clauses d'esthétique en droit public des constructions* (Genève, 2019).

² ATF 135 II 209, JT 2010 I 713, concernant une tour prévue dans le centre historique de cette commune zurichoise de 10 000 habitants.

cette liberté soit totale : l'autorité doit se conformer aux buts et principes de l'aménagement du territoire tels qu'ils résultent de la Constitution (art. 75 Cst.) et de la loi (art. 1 et 3 LAT)³.

Parmi ces objectifs, plusieurs vont dans le sens de la qualité, qui est cruciale à l'heure de la densification des espaces bâtis⁴. Selon l'art. 1^{er} LAT, il faut garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays, orienter le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti en maintenant une qualité de l'habitat appropriée, tout en créant un milieu bâti compact et en protégeant les bases naturelles de la vie, tels que le sol, l'air, l'eau, la forêt et le paysage.

L'autorité de planification doit prendre en considération les exigences découlant des autres dispositions du droit fédéral de la protection de l'environnement au sens large, notamment la loi sur la protection de la nature et des sites⁵. Une appréciation correcte de ces principes implique une pesée globale de tous les intérêts en présence (art. 3 OAT). Il convient encore de rappeler la nécessité d'une coordination au sens de l'art. 25a LAT⁶.

Dans tout litige relatif à la modification d'un plan d'affectation, l'application des règles de l'aménagement du territoire et le résultat de la pesée des intérêts relèvent du contrôle de la légalité – et non pas de la seule opportunité –, les intérêts à prendre en compte étant protégés par les normes du droit fédéral ou cantonal, dans le domaine de l'aménagement du territoire proprement dit ou dans d'autres domaines juridiques⁷. Dès ce moment-là, l'examen du Tribunal fédéral est libre s'agissant de l'intérêt public à respecter, ainsi que du principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral s'impose cependant une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte des circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation⁸.

Après avoir répété ces principes, le Tribunal fédéral souligne que les inventaires prévus par la LPN - dont fait partie l'inventaire des sites et ouvrages construits en Suisse (ISOS ; cf. art. 1 OISOS) – sont assimilés matériellement à des conceptions et à des plans sectoriels au sens de l'art. 13 LAT. Les cantons doivent d'abord en tenir compte dans leur planification directrice, puisqu'il s'agit d'une forme spéciale des conceptions et plans sectoriels de la Confédération au sens de l'art. 6 al. 4 LAT. Les plans directeurs ayant force obligatoire pour les autorités en application de l'art. 9 LAT, les inventaires fédéraux doivent ensuite

³ TF 1C_276/2015 du 29 avril 2016, Commune de Sierre.

⁴ Cf. à ce propos le colloque du 7 décembre 2018 des Journées d'études d'Espace Suisse et de l'Université de Neuchâtel consacré au sujet *Densification et sites construits – questions juridiques en lien avec l'ISOS*.

⁵ LPN ; RS 451

⁶ ATF 129 II 63.

⁷ ATF 132 II 408 ; TF 1C_276/2015 précité.

⁸ ATF 135 I 176 et arrêts cités.

être repris dans les plans d'affectation cantonaux ou communaux (art. 14 ss LAT). Ainsi l'inventaire ISOS est transcrit non seulement dans les plans directeurs cantonaux, mais aussi dans la planification locale au moyen des zones ou autres mesures prévues à l'art. 17 LAT⁹. Ces mesures lient non seulement les autorités dans l'exécution de leurs tâches, mais aussi les particuliers¹⁰. Dans la mesure où l'art. 6 al. 1^{er} LPN prescrit que l'inscription d'un objet d'importance nationale dans un inventaire fédéral indique que l'objet mérite d'être spécialement conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible, y compris au moyen de mesures de reconstitution ou de remplacement adéquat, le Tribunal fédéral a dès lors insisté dans plusieurs arrêts sur le fait que l'inventaire ISOS devait être pris en considération dans la pesée des intérêts de chaque cas d'espèce – y compris lors de l'accomplissement de tâches purement cantonales et communales –, en tant que manifestation d'un intérêt fédéral. Une atteinte demeure possible lorsqu'elle n'altère pas l'identité de l'objet protégé ni le but assigné à sa protection ; celui-ci découle du contenu de la protection mentionnée dans l'inventaire et les fiches qui l'accompagnent¹¹.

Cette nécessité de reprendre les règles de l'ISOS dans les processus et pesées d'intérêt d'élaboration des plans d'affectation et d'octroi des permis de construire a aussi été mentionnée dans plusieurs affaires vaudoises¹². L'ancien Tribunal administratif vaudois avait relevé quinze avant l'arrêt fédéral, l'importance de l'inventaire ISOS dans la planification :

« L'inventaire fédéral précité constitue un plan sectoriel de la Confédération au sens de l'art. 13 LAT, dont il convient de tenir compte dans les plans directeurs et les plans d'affectation cantonaux et communaux (Bulletin de l'OFEPF 1/93, p. 14, art. 1 al. 2 litt. b et 6 al. 4 LAT et 27 al. 2 LATC). A cet égard, si l'on peut avec raison s'interroger sur la nécessité de réviser un plan des zones adopté il y a plus de trente ans, il n'en demeure pas moins que

⁹ On rappelle que l'art. 17 al. 1^{er} LAT concerne les zones protégées figurant dans les plans d'affectation, alors que l'art. 17 al. 2 LAT vise les autres mesures telles que les mesures cantonales de protection, en l'espèce prévues par le droit vaudois dans la loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites du 10 décembre 1969, LPNMS, RSV 450.11, soit essentiellement les mesures informatives de recensement, d'inventaire ou de classement. Sur ces différentes notions, cf. notamment Aurélien WIEDLER, *La protection du patrimoine bâti*, thèse de doctorat Lausanne 2019 (à paraître).

¹⁰ Cf. ATF 135 II 209, JT 2010 I 713.

¹¹ ATF 135 II 209, Rütli ; 1C_276/2015 du 29 avril 2016, Sierre, susmentionné ; cf. aussi Thierry LARGEY, *La protection du patrimoine bâti*, *RDAF* 2012 I, p. 295, ainsi que Jörg LEIMBACHER, *Commentaire de la LPN*, 2^{ème} éd., Zürich 2019, ad art. 6 LPN, p. 270 ss.

¹² Cf. par exemple TF 1C_279/2017 du 27 mars 2018 concernant le plan de quartier Saint-Laurent, à Lausanne, où est évoqué le contrôle incident des plans d'affectation. Par un tel contrôle incident, le plan d'affectation de Lutry a été remis en cause en raison de sa non-conformité à l'ISOS, celui entrant dans les circonstances sensibles justifiant la révision d'une planification au sens de l'art. 21 al. 2 LAT, cf. 1C_213/2018 du 23 janvier 2019.

l'exécutif est libre de ne pas revenir sur la planification communale, sauf à ce que les conditions matérielles de la révision soient réunies (art. 21 al. 2 LAT et 63 LATC) ; or en l'espèce, il n'est pas exclu que l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1981 de l'OISOS constitue un motif de révision (voir dans ce sens ATF 118 Ib 485 ss et ATF non publié du 14 janvier 1988, P. Tissot c/ Conseil d'État du canton de Vaud et Commune d'Etoy ; Manuel BIANCHI, *La révision du plan d'affectation communal*, thèse Lausanne 1990, p. 135, ch. 4.3.1. »¹³

Pourtant cette réflexion est restée longtemps isolée, sans être développée ni approfondie dans la jurisprudence subséquente du Tribunal administratif, puis de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal.

Par exemple le grief relatif à la prise en considération de l'ISOS dans l'affaire du quartier Gustave Doret à l'entrée de la ville historique de Lutry, où il s'agissait de construire de nouveaux bâtiments denses en lieu et place des anciens fossés de l'ancienne ville, soit à un endroit notamment constitué par des jardins et vergers avec un objectif de sauvegarde A selon la première version de l'ISOS de cette ville d'importance nationale, n'avait pas été retenu par un raisonnement complètement opposé aux considérations qui précèdent. Selon l'autorité cantonale de recours appelée à juger ce projet, « appliqué à la lettre, l'ISOS aurait des conséquences draconiennes puisque cette zone serait inconstructible » !¹⁴

Quelques années plus tard, les constructions de ce quartier moderne ayant été réalisées, il est inquiétant de relever que la partie construite à cheval sur le Bourg Neuf (ancien périmètre 2 avec un objectif de sauvegarde A) et sur le périmètre environnant 1 du vallon de Lutrive (objectif de sauvegarde a) a provoqué une dégradation des périmètres dans la 2^e version de l'ISOS 2013 en sortant du périmètre environnant du cours arborisé de la Lutrive (objectif de sauvegarde a) pour être inclus dans le périmètre bâti du Bourg Neuf. On peut lire la remarque résignée de l'auteur de l'inventaire : « immeubles résidentiels aux vérandas perturbant l'intégration dans le bâti ancien construits à l'emplacement des entrepôts d'une entreprise viticole vers 2000 ».

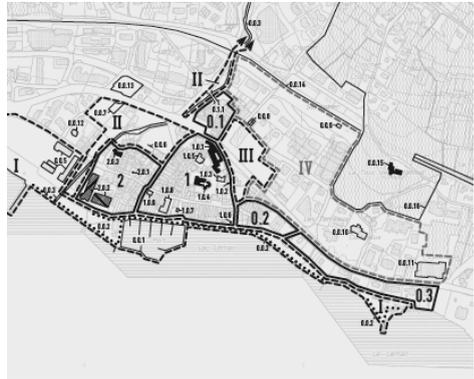
¹³ AC.1994.0169 du 22 février 1995, Charles Pidoux et crts c/ Aigle.

¹⁴ AC.1995.0073 du 28 juin 1996 confirmé par TF 1A.270/1996 du 25 juin 1997 relevant que l'adoption d'un plan de quartier n'était pas une tâche fédérale nécessitant la prise en considération de l'ISOS !

ISOS 1984

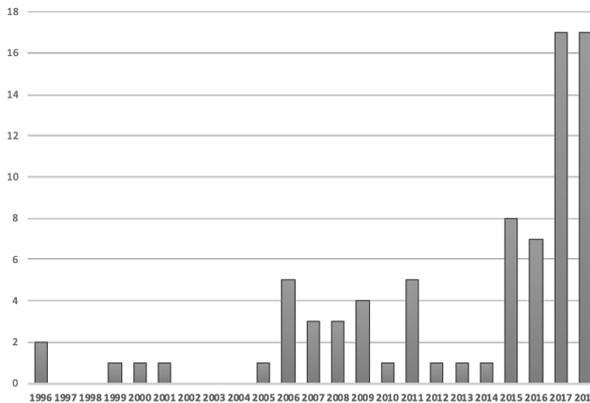


ISOS 2013



L'élaboration du plan de quartier Gustave Doret après l'affaire Rütli aurait certainement abouti à un résultat différent et à la prise en compte élémentaire de ces objectifs de sauvegarde de premier ordre du Bourg Neuf et du Vallon de la Lutrive.

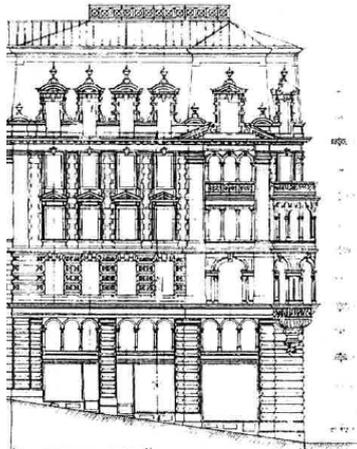
3. Comme on peut le voir sur notre représentation graphique des arrêts de l'autorité de recours vaudoise concernant l'ISOS, il n'y a eu dans les années suivantes que de rares affaires où ce grief a été examiné.



Jusque dans le courant des années 2000 à 2010, l'ISOS n'était appliqué que lorsqu'il y avait une tâche fédérale et exclu lorsqu'il n'y en avait pas. Si une tâche fédérale avait bien été retenue pour une antenne de téléphonie mobile, car elle faisait l'objet d'une concession

prévue dans la liste non exhaustive de l'art. 2 LPN, mais l'atteinte avait été niée vu le camouflage de l'antenne avec une peinture identique à la cheminée voisine¹⁵.

En revanche, toute tâche fédérale avait été écartée lors de la démolition du magnifique immeuble Rapin de l'architecte lausannois réputé Francis Isoz situé à l'angle de l'avenue de la Gare et de l'avenue d'Ouchy, propriété d'Edipresse, vu l'absence de protection cantonale selon la LPNMS et en raison du plan de quartier en vigueur qui permettait la construction d'un nouveau bâtiment dans ce périmètre. Les autorités de recours tant cantonale que fédérale avaient pris acte que Lausanne n'avait pas encore son inventaire ISOS quand bien même elle était inscrite depuis plusieurs années sur la liste de l'OISOS comme ville d'importance nationale, ce qui ne permettait pas de protéger ce bâtiment malgré son style Renaissance analysé dans l'expertise historique¹⁶.

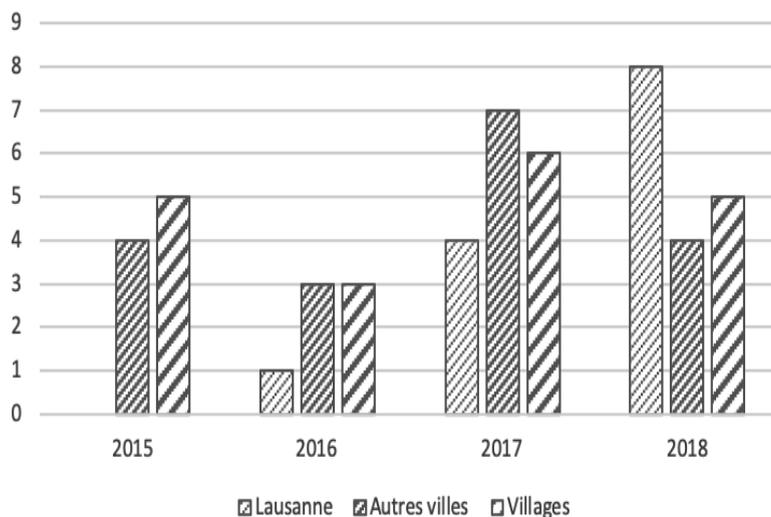


Partie réalisée de la façade ouest selon le dossier d'enquête publique
(extraite de l'étude historique de Bruno Corthésy de février 2007)

¹⁵ Cf. TF 1C_360/2009 du 3 août 2010 concernant la Commune de Saint-Prex et confirmant l'arrêt cantonal AC 2008.0104 du 15 juin 2009.

¹⁶ Cf. TF 1C_196/2010 du 16 février 2011 et arrêt cantonal AC 2009.0001 du 26 février 2010. Cf. par ailleurs l'admission de la démolition par les CFF des salles historiques des Cantons et des Vignerons dans l'aile occidentale de la gare de Lausanne avant l'élaboration de l'inventaire ISOS lausannois, AC.2008.0324 du 15 novembre 2010.

Selon le graphique répartissant géographiquement les arrêts de la CDAP sur l'ISOS ces quatre dernières années, on constate que l'entrée en vigueur de l'ISOS lausannois le 1^{er} octobre 2015 a généré non seulement un plus grand nombre d'affaires où cette problématique a été traitée, mais surtout une prise de conscience de l'autorité communale et des autorités de recours de l'utilité de l'ISOS dans les décisions communales de planification et de permis de construire.



Dans l'arrêt concernant la démolition d'une villa ancienne du quartier de la Gottetaz à Lausanne¹⁷, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal a reconnu que le bâtiment prévu en remplacement était disproportionné par rapport aux constructions environnantes et qu'il créerait une violente brèche dans la trame constructive avec une disproportion manifeste des gabarits, portant atteinte à l'équilibre volumétrique et architectural des bâtiments environnants. L'utilisation des possibilités de construire réglementaires s'avérait déraisonnable, en particulier en l'absence de tout indice d'utilisation du sol dans la réglementation de la zone mixte de moyenne densité. En raison de l'objectif de sauvegarde élevé du secteur (A) et selon les explications relatives à l'ISOS, il convenait de sauvegarder la substance, soit les constructions et composantes du site, ainsi que les espaces

¹⁷ Cf. AC. 2015.0111 du 17 août 2016.

libres, en supprimant les interventions parasites. La prise en compte de l'inscription de ce site bâti à l'inventaire ISOS depuis le 1^{er} octobre 2015 avec un objectif de sauvegarde A justifiait un refus de permis de démolir le bâtiment existant et de construire un nouvel immeuble résidentiel pour des motifs d'esthétique et d'intégration¹⁸.



Axonométrie du quartier de la Gottetaz (Service de l'urbanisme de Lausanne)

Dans une autre affaire concernant l'agrandissement du collège de l'Églantine à Lausanne, la Cour cantonale a annulé un permis de construire octroyé par la Municipalité de Lausanne en considérant que la décision municipale ne mentionnait ni l'ISOS – malgré l'objectif de sauvegarde A –, ni le recensement architectural cantonal. Il appartenait à la municipalité d'en tenir compte dans sa pesée des intérêts en matière de préservation des sites en tant qu'expression d'un intérêt fédéral de protection du patrimoine. À défaut, l'autorité communale n'avait pas satisfait aux exigences de motivation et avait dès lors violé le droit d'être entendu des voisins recourants¹⁹.

Dans un arrêt très détaillé sur la portée de l'ISOS dans un quartier avec un objectif de sauvegarde A et un jardin, mentionné avec une note 1 d'intérêt national au recensement des jardins d'intérêt historique (ICOMOS) et répertorié en tant que bien culturel d'importance nationale (A) en application de la loi fédérale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de catastrophe et de situation d'urgence du 20 juin 2014²⁰, l'autorité cantonale vaudoise de recours a quand même admis la construction d'une nouvelle serre pour plantes carnivores dans le jardin botanique de la colline de Mont-Riond aux côtés des ouvrages historiques de l'architecte Laverrière. Il faut cependant nuancer cette position vu

¹⁸ Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral par arrêt 1C_452/2016 du 7 juin 2017.

¹⁹ Cf. AC.2016.0450 du 17 octobre 2017.

²⁰ LPBC, RS 520.3.

les exigences compensatoires imposées par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal et la pesée détaillée de tous les intérêts en présence avant d'admettre ce projet muséologique²¹.



Projet de nouvelle serre du Jardin botanique de Lausanne
(www.botanique.vd.ch)

Le Tribunal cantonal a admis le projet de démolition du bâtiment abritant le Café des Tramways à la Pontaise en raison de l'objectif de sauvegarde plus faible (c) attribué au quartier par l'ISOS²² et de la note 4 au recensement architectural. Saisis de l'affaire suite au recours de la Ville de Lausanne, les juges fédéraux ont relevé la valeur patrimoniale des bâtiments, mais étaient liés par les constatations de l'arrêt cantonal selon lesquelles l'immeuble était vétuste, avec des installations sanitaires et électriques obsolètes, non conforme aux normes de sécurité. De plus, l'aménagement intérieur du café avait fait l'objet d'une rénovation importante ayant conduit à une modification radicale de l'atmosphère de cet ancien bistrot populaire. Vu les disparités architecturales du quartier, déjà compromis par d'autres constructions plus récentes, le refus de permis de construire portait atteinte de

²¹ AC.2016.0049 du 9 novembre 2017.

²² Cf. TF 1C_298/2017 du 30 avril 2018 ad AC.2016.0253 du 9 mai 2017. Le projet a été abandonné par la suite.

façon disproportionnée à la garantie de la propriété. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision cantonale qui avait enjoint la municipalité d'octroyer le permis de construire initialement refusé.

4. Il serait fastidieux de cataloguer tous les arrêts cantonaux vaudois sur cette problématique de l'ISOS. De manière synthétique, on note que la catégorie de l'objectif de sauvegarde figurant dans l'inventaire n'est pas le seul critère déterminant, même s'il est clair qu'un objectif de sauvegarde A pèse plus lourd qu'un objectif C²³. Des autorisations ont été admises dans des secteurs avec un objectif de sauvegarde A, mais après une pesée détaillée et motivée des intérêts en présence²⁴. Dans l'autre sens, les refus de la Commune de Lausanne d'autoriser un immeuble à toit plat de 19 logements sur 8 niveaux dans un secteur avec un objectif de sauvegarde B²⁵ et celui d'un immeuble de 17 logements²⁶ ont été confirmés par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal.

5. Comment l'ISOS peut-il être mis en œuvre concrètement dans les décisions de permis de construire et les plans d'affectation ?

²³ Cf. par exemple les arrêts AC.2018.0177 du 11 décembre 2018 ; AC.2017.0333 du 16 mai 2018 et AC.2016.0309 du 23 mai 2018 validant des projets en raison de l'objectif de sauvegarde C ; mais l'arrêt AC.2017.0129 du 14 juin 2018 confirme un refus de construire un immeuble de 17 logements entre l'avenue de la Chablière et le chemin du Chasseron dans un secteur de l'ISOS n'ayant qu'un objectif de sauvegarde C.

²⁴ Cf. arrêts AC.2017.0298 du 10 décembre 2018 ; AC.2017.0060 du 23 mai 2018 ; AC.2017.0093 du 23 novembre 2018.

²⁵ AC.2017.0279 du 17 octobre 2018.

²⁶ AC.2017.0129 du 14 juin 2018 : « Si le tribunal a effectivement pu constater le caractère relativement hétérogène du quartier, il a également pu observer que les environs immédiats de la parcelle n° 1012 sont constitués de bâtiments de dimensions plus modestes que le projet litigieux, qui prévoit en tout sept niveaux... Lors de la visite des lieux, la municipalité a du reste indiqué qu'un certain nombre de bâtiments très volumineux construits bien avant l'entrée en vigueur du PGA actuel (2006) ne seraient plus autorisés à l'heure actuelle, surtout depuis l'entrée en vigueur de l'ISOS pour la Ville de Lausanne (octobre 2015). Quant à d'autres immeubles aussi volumineux que le projet litigieux construits récemment, ils sont situés sur des artères fréquentées, comme c'est le cas de l'avenue d'Echallens ou de l'avenue de Montétan, qui présentent des caractéristiques différentes de celles du quartier de la Chablière, si bien qu'ils ne peuvent pas être comparés à celui-ci... Ainsi, au vu en particulier de la jurisprudence fédérale rendue depuis 2015, l'appréciation de l'autorité intimée, selon laquelle le projet litigieux constitue un exemple de densification trop brutale, doit être confirmée. Peu importe sur ce point que la responsable adjointe du service d'architecture de l'autorité intimée ait considéré que l'esthétique du projet était réussie ; comme l'ont relevé ses représentants lors de l'inspection locale, il s'agit uniquement d'un préavis interne, la décision quant à elle étant de la compétence de la municipalité. »

L'autorité doit se documenter, recueillir les préavis des spécialistes, dont la déléguée communale au patrimoine, et ne s'en éloigner que pour des raisons objectives, solidement étayées par exemple par une autre analyse urbanistique et architecturale tenant aussi compte de la valeur patrimoniale et de l'intégration du projet.

Il est aussi capital que les communes traduisent ces inventaires dans leurs plans d'affectation et règlements des constructions par des normes urbanistiques qualitatives détaillées. La conservation des bâtiments et espaces de catégorie A à l'ISOS est le principe de base. Les modifications dans la catégorie B ne seront admises qu'après une analyse historique et une réflexion d'ensemble convaincantes. Les règlements mettront en place des commissions indépendantes du pouvoir politique et composées de spécialistes (historiens de l'architecture, urbanistes et architectes expérimentés). Le plan d'affectation s'approche d'un plan spécial afin d'avoir l'échelle nécessaire pour une appréciation de détail de la situation. Les dérogations sont en principe bannies sauf pour restituer un état historique ou un aspect esthétique plus cohérent. Les travaux d'élaboration de ces normes exposent la prise en considération de l'ISOS. Un tel travail, qui ne sort pas du cadre du mandat usuel conféré à un urbaniste, facilitera s'il est bien fait l'application lors de la décision de permis de construire et limitera une trop grande subjectivité dans cette phase de concrétisation sur le terrain des objectifs de la planification.

6. Ces arrêts traduisent une plus grande attention à l'ISOS, en particulier depuis l'adoption de l'inventaire lausannois, ainsi qu'une meilleure appréciation des projets par la Municipalité de Lausanne. On en prend acte avec satisfaction, car il s'agit d'un instrument d'appréciation précieux vu son niveau de précision et de détail, hors des pressions politiques, élaboré par des spécialistes non subordonnés au pouvoir local. Ensuite, il est essentiel de prendre conscience avec le Tribunal fédéral de la nécessité de préserver le patrimoine bâti, même s'il n'est pas classé, surtout dans un canton où les classements concernent rarement les abords des bâtiments nécessitant protection, parfois seulement certaines parties de ceux-ci. L'ISOS permet d'avoir une vision plus globale d'un bâtiment, de ses abords, d'une rue et d'un quartier. Il donne tout son sens à la pesée des intérêts qui doit être faite minutieusement par l'autorité qui planifie ou qui statue sur un permis de construire. Ignorer l'ISOS dans les décisions qui marquent un bâtiment, un quartier, une ville ou un paysage revient, au nom d'un fédéralisme mal compris, à nier le travail des experts fédéraux pourtant effectué d'entente avec les autorités communales et cantonales. Est révolu le temps où le raisonnement en matière d'esthétique se limitait à se réfugier derrière une appréciation sommaire des autorités locales souvent mal outillées pour mener cette pesée d'intérêts.

En matière d'urbanisme et d'architecture, on ne saurait faire abstraction de l'ISOS. Les clauses d'esthétique sont enrichies par ces données et analyses couvrant tous les sites bâtis

intéressants en Suisse, avec des critères similaires, ce qui assure une vision moins fragmentaire et plus homogène. A l'heure où la révision de la LAT de 2012 a mis l'accent sur la réduction des zones à bâtir et sur la densification à l'intérieur du tissu bâti, il est temps de privilégier une approche qualitative de l'urbanisme et une architecture sensible au patrimoine historique.

Déploiement de la 5G en Suisse : Quelles précautions ?

Considérations sur le principe précaution à l'exemple de la téléphonie mobile

Sommaire	Page
Introduction	845
II. Téléphonie mobile, autorisations et concessions en droit suisse	846
III. De quelques aspects généraux des fondements du principe de précaution	848
A. Origine	848
B. Nature juridique	849
C. Justification	849
D. La question de l'incertitude scientifique	850
E. Principe de précaution et droit de la responsabilité civile	852
IV. La réception en droit suisse	854
A. En général	854
B. Un conflit de constitutionnalité ?	856
C. Un fondement de responsabilité ?	856
Conclusions	858
Bibliographie	858

Introduction

Un animateur faisait récemment une remarque amusée : toujours plus nombreux seraient ceux qui se prononcent contre l'utilisation du mobile dans les lieux publics ; le même se demandait alors, puisqu'on ne peut l'utiliser que chez soi, à quoi servait d'avoir inventé le téléphone portable ? Peut-être à ranger définitivement le pigeon au rang de nuisible, et de réduire l'écrit à une lettre morte, disait un autre.

* Je remercie Jérôme LORENZ, assistant-diplômé et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pour son soutien efficace dans la mise au point de ce texte.

C'est un fait : le téléphone portable est un phénomène de société qui présente, comme toutes les évolutions technologiques, son lot d'avantages et de désagréments. Partons de l'idée, ne fût-ce que pour les besoins de notre démonstration, que les premiers prévalent. Autrement dit, cette technologie est plus utile que nocive. Reste que son pouvoir de nuisance n'est pas à sous-estimer, d'où notre titre : quelles précautions ?

Notre contribution vise à proposer une courte réflexion sur le contenu du principe de précaution et le contexte dans lequel pourraient s'inscrire les questions relatives aux autorisations requises par le déploiement de la 5G. Nous procéderons ainsi : un rapide rappel du régime applicable aux concessions dans le domaine des télécommunications précédera une discussion sur le contenu du principe de précaution. Que le professeur Etienne POLTIER, en l'honneur duquel la présente a été rédigée, veuille bien pardonner les imperfections de notre contribution, laquelle, émanant d'un non-spécialiste, a été inspirée aussi par le désir de comprendre un peu mieux les enjeux liés à cette discussion. De fait, l'invitation aux présents mélanges aura été l'occasion d'une leçon de droit administratif que son bénéficiaire, de façon certes un peu indirecte, aura encore prodigué. C'est donc le lieu de l'honorer, mais aussi de le remercier !

II. Téléphonie mobile, autorisations et concessions en droit suisse

On fixe souvent le départ du processus de libéralisation du marché des télécommunications à la date du premier janvier 1998, soit au moment de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997¹. Depuis lors, la Commission fédérale de la communication (ComCom) octroie les concessions de téléphonie mobile en imposant aux opérateurs des obligations en matière de protection de l'environnement et de rayonnement non ionisant.

S'il est vrai que l'objectif tendant à la libéralisation pourrait, en soi, entrer en contradiction avec la mise en place d'une réglementation, les intérêts publics en jeu ne sauraient être négligés cependant, tout comme l'héritage du monopole qui a longtemps prévalu en cette matière, si bien que l'intervention de l'État reste indispensable². De toutes les façons, « permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunication » constitue un des buts de la LTC (art. 1 al. 2 let. c LTC).

¹ (= LTC ; RS 784.10) ; de fait, il faudrait y ajouter encore l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (= LET ; RS 784.11) ; sur ces questions, *cf.* p. ex. BOVET, pp. 689 ss (691).

² *Cf.* sur cette question, en particulier ROUSSIANOS-MOAYEDI, pp. 92 ss (96).

La législation soumet donc les services de télécommunications au régime de la concession, laquelle est regardée comme une mesure de police : si donc le requérant remplit les conditions, l'autorisation doit lui être accordée. D'ailleurs, ces prescriptions visent avant tout à protéger la sécurité publique³. Parmi les exigences requises figure, à l'art. 6 let. b LTC, le principe selon lequel le concessionnaire doit respecter le droit applicable en la matière. Si cela inclut évidemment toutes les prescriptions (techniques) propres au droit des télécommunications, cela concerne également les objectifs de protection de l'environnement tels qu'ils résultent de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE)⁴. Selon l'art. 11 al. 2 LPE « Indépendamment des nuisances existantes, il importe, à titre préventif, de limiter les émissions dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable » ; l'art. 11 al. 3 LPE impose pour sa part que les émissions soient limitées plus sévèrement « s'il appert ou s'il y a lieu de présumer que les atteintes, eu égard à la charge actuelle de l'environnement, seront nuisibles ou incommodantes ». Or, force est de constater que le phénomène que l'on désigne aujourd'hui sous le vocable « électromog », est à la source d'inquiétudes pour la santé de la population, si bien que nombreux sont ceux qui refusent, par exemple, que des antennes soient installées à proximité de leurs habitations. Ces craintes ont été à l'origine de l'« Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (ORNI) »⁵. Fondé sur la loi sur la protection de l'environnement, ce texte a pour but de protéger et réduire, à titre préventif, les atteintes nuisibles ou incommodantes sur les hommes ; il est entré en vigueur le 1^{er} février 2000, et fixe seuils limites d'intensité admissible du rayonnement, partant de l'idée que le phénomène peut être en effet à l'origine d'atteintes à l'intégrité des personnes qui y sont soumises⁶. L'ORNI permet d'évaluer les immissions de rayonnement et prévoit deux types de limites : des valeurs de nocivité et des valeurs par installation⁷. Les premières visent à prévenir des dommages à la santé scientifiquement prouvés, tandis que les secondes déterminent le rayonnement admissible pour une installation et doivent être respectées partout où séjournent des êtres humains de manière prolongée. C'est autrement dit une manière de précaution⁸.

C'est donc bien dans ce contexte (octroi d'une concession de télécommunication, respect à cet égard du droit en vigueur, notamment des objectifs de protection de

³ Cf. p. ex. ROUSSIANOS-MOAYEDI, p. 127.

⁴ RS 814.01.

⁵ RS 814.710.

⁶ Cf. BOVET, *Utilisation et partage des ressources de télécommunication*, pp. 185 ss (201-202). À noter qu'un rapport commandé par la Confédération est attendu sur ce sujet d'ici à la fin de l'année, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Réseaux 5G*.

⁷ ROUSSIANOS-MOAYEDI, pp. 286-287.

⁸ BOVET, *Utilisation et partage des ressources de télécommunication*, p. 202 ; DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, p. 16.

l'environnement et des valeurs limites en matière de rayonnement non ionisant) que se pose la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par « précaution » et ce que recouvre le principe du même nom. On relèvera au passage que la discussion sur ce point est du ressort des autorités de la Confédération exclusivement et ce, en application du droit fédéral⁹. Les seules compétences résiduelles cantonales tiennent à l'aménagement du territoire, ce que le professeur Poltier a pu exposer de manière claire dans un avis de droit consacré récemment à cette question¹⁰. Les divers moratoires cantonaux intervenus dernièrement ne sauraient par conséquent avoir de validité juridique ; pour autant, ils ne sauraient être purement simplement ignorés, ne serait-ce que parce qu'ils sont l'expression de craintes fondées, et qu'ils invitent à adopter à cet égard une attitude empreinte avant tout de prudence¹¹.

III. De quelques aspects généraux des fondements du principe de précaution

A. Origine

Le principe de précaution tire son origine de réflexions menées tout d'abord en droit international de l'environnement¹², où il a été présenté comme un outil permettant l'anticipation de nouveaux types de risques. Ainsi considéré, on s'est demandé, en particulier, s'il s'agissait là d'un principe de nature politique ou de nature juridique. En application des règles générales, le principe de précaution ne saurait être considéré dans une perspective juridique qu'à la condition, naturellement, de revêtir un certain caractère de précision. En même temps, une définition trop détaillée pourrait constituer une entrave à sa mise en œuvre, laquelle requiert nécessairement une certaine souplesse permettant de tenir compte des circonstances concrètes ; ces dernières présentent en effet un caractère hétérogène. D'aucuns ont proposé alors de distinguer entre une « approche » de précaution et le « principe » au sens strict du terme, ce dernier imposant une consécration textuelle¹³. D'autres ont suggéré une attitude fondée plutôt sur la distinction entre une conception restrictive et une conception extensive : la version minimaliste s'apparenterait à la prévention en ne s'appliquant qu'à des situations d'incertitude résiduelle ; la version

⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Prise de position commune de l'OFEV et de l'OFCOM*, p. 1.

¹⁰ Cf. POLTIER, p. 11.

¹¹ FASEL, p. 81.

¹² Sur l'origine historique, cf. p. ex. GOSSEMENT, pp. 46 ss.

¹³ Cf. HAUTEREAU-BOUTONNET/SAINT-PAU, p. 758 ; JUNGO, pp. 63 ss ; CAZALA, pp. 171 ss ; GOSSEMENT, p. 45 ; FOUCHER, pp. 12-13.

extensive constituerait en revanche la précaution intégrale susceptible d'induire une règle d'abstention tant que l'absence de risque n'a pas été démontrée¹⁴.

B. Nature juridique

La question demeure cependant de savoir si le principe de précaution constitue un standard de jugement, soit un modèle dont il serait nécessaire d'établir le contenu à chaque nouvelle utilisation, un principe général du droit ou une règle de droit. La règle revêt un caractère rigoureux : soit les conditions sont remplies dans un cas d'espèce et la conséquence est encourue, soit tel n'est pas le cas, et la règle ne trouve pas application. Ce caractère ne convient guère au principe de précaution. C'est la raison pour laquelle on tend à lui préférer la qualification d'un principe de droit qui contraint à prendre en compte l'incertitude scientifique, tout en adaptant la réponse au cas par cas, sur la base notamment d'un calcul de risque. Principe de droit¹⁵, le principe de précaution serait dès lors en même temps un principe politique et un principe de « science administrative »¹⁶.

C. Justification

C'est bien l'objectif d'agir, sans attendre de disposer de toutes les certitudes scientifiques sur l'existence d'un risque, qui s'inscrit en filigrane de la justification de la précaution. Ce sont à la fois la prise de conscience des risques et la prise de conscience d'un pouvoir d'action permettant d'éviter la survenance de dommages graves et irréversibles, qui sont à l'origine de la discussion. En quelque sorte, il s'agirait d'encadrer juridiquement l'incertitude scientifique. Quant à l'apparition de nouveaux types de risques, elle est certes liée à l'apparition de nouvelles technologies, mais elle peut résulter, aussi, de la révélation de risques existants grâce à l'évolution de connaissances scientifiques permettant d'identifier plus clairement le lien de cause à effet entre certaines pathologies et l'utilisation de certains produits ou l'exercice de certaines activités.

Enfin, comme on a pu le souligner, le principe de précaution est né également de la prise de conscience des limites de la prévention. Précaution et prévention relèvent certes toutes deux de la volonté de prendre des mesures anticipatrices, avant même qu'un éventuel dommage ne soit causé. La précaution s'inscrit dans cette réflexion préventive, tout en la renforçant en situation d'incertitude. La prévention ne peut être efficace, en effet, que si

¹⁴ Sur ces questions, *cf.* p. ex. FOUCHER, pp. 12-13.

¹⁵ Sur les caractéristiques du « principe de droit », *cf.* GOSSEMENT, pp. 23 ss.

¹⁶ *Cf.* p. ex. GOSSEMENT, p. 29. Sur le caractère de règle juridique du principe de précaution, *cf.* BOUTONNET, pp. 42 ss, qui envisage la question sous l'angle de la source de la règle de droit, de son caractère formel, de son caractère substantiel et de sa finalité.

elle intervient bien avant la constitution de preuves scientifiques. Dès lors, la différence entre la précaution et la prévention porte sur le degré de connaissance comme condition à l'action publique : la prévention repose sur l'existence de certitudes scientifiques, tandis que la précaution impose des mesures de gestion de risque en situation d'incertitude¹⁷. C'est la raison pour laquelle on admet que le principe de précaution constitue une manière de renforcement de la prévention en imposant le recours aux mesures de prévention face à la menace de risques potentiellement graves et irréversibles, mais dont les « probabilités de survenance sont faibles et mal connues »¹⁸.

D. La question de l'incertitude scientifique

Reste à savoir quel est le degré d'incertitude scientifique requis pour justifier la mise en œuvre d'un principe de précaution.

Tout d'abord, il faut évidemment que l'on soit bien face à une forme d'incertitude scientifique. Autrement dit, on n'attendra pas, pour envisager la précaution, que tous les membres de la communauté scientifique soient d'accord ; il se trouvera toujours en effet des spécialistes pour juger qu'une technologie donnée ne présente pas de risques, d'autres qui diront le contraire, d'autres enfin pour avouer leur incapacité à se déterminer. L'autorité doit certes tenir compte de la réflexion de ces experts, mais n'est pas tenue d'en adopter les conclusions, dans un sens ou dans un autre¹⁹.

Puis, il s'agit de prendre en compte l'état des connaissances scientifiques et techniques, telles qu'elles sont disponibles au moment considéré²⁰. Il est intéressant de rapporter à cet égard la teneur d'une discussion menée sur ce point au-devant de la Cour européenne des droits de l'Homme et ce, dans une affaire suisse où se posait la question de prolonger la durée d'exploitation d'une centrale nucléaire²¹. Certains craignaient que l'installation ne présente, notamment en raison de son âge, des risques pour l'intégrité des populations environnantes. L'affaire a été portée à Strasbourg où l'on a tout d'abord discuté si l'autorité judiciaire pouvait entrer en matière compte tenu du caractère hautement technique de la question posée²². Or, la juridiction saisie accepta de se saisir de la cause, mais exigea cependant que les requérants démontrent eux-mêmes la réalité des risques

¹⁷ Cf. REFONDINI, pp. 31 ss (37) ; FASEL, pp. 37 ss ; FOUCHER, p. 27.

¹⁸ Cf. FOUCHER, p. 28.

¹⁹ Cf. GOSSEMENT, p. 203.

²⁰ Cf. art. 174 du Traité CE : « ... dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, la Communauté tient compte : - des données scientifiques *disponibles* » ; cf. également VULLIEMIN.

²¹ Arrêt CourEDH Rec. 1997-IV du 27 juillet 1997 *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*.

²² La question étant au fond de savoir si le juge pouvait en connaître ou si la décision était du ressort de l'autorité politique en vertu de sa responsabilité morale et politique.

allégués. Cette preuve n'a pas pu être rapportée. Si bien que la Cour jugea que les effets néfastes dont on craignait la survenance n'étaient en l'occurrence qu'hypothétiques. Aussi le degré de probabilité a-t-il été jugé insuffisant, et la Cour a refusé de prendre en considération le risque, au motif que ce dernier ne découlait que d'une *simple situation d'incertitude scientifique*. Cette attitude a été critiquée. Un des juges avait exprimé une opinion dissidente, considérant que la preuve d'un lien et du risque potentiel devrait suffire. Autrement dit, il conviendrait de ne pas attendre que la population subisse les premiers effets de l'irradiation avant d'intervenir. À défaut, c'est l'essence même du principe de précaution qui serait en cause. Ne pas intervenir en pareille situation reviendrait d'ailleurs, selon certains, à accorder aux États un « large pouvoir discrétionnaire »²³. Selon cette conception, il faudrait bien plutôt admettre que la preuve d'un risque potentiel peut suffire²⁴.

Il est vrai que l'incertitude scientifique ne saurait entraver la prévention de risques graves. Or, cette incertitude peut porter aussi bien sur le dommage que sur le risque.

L'incertitude du dommage pose en particulier la question de savoir à partir de quand on est en présence d'une atteinte, ce qui pose aussi la question de sa visibilité. Il existe en effet nombre de situations dans lesquelles on peut certes envisager un préjudice, sans pour autant que ce dernier soit reconnaissable. En pareille hypothèse, il y a un doute sur la réalité du dommage, un cas de figure dans lequel se pose aussi le problème de la limite entre ce qui peut être tolérable et ce qui ne l'est pas.

L'incertitude sur le risque, quant à elle, fait précisément référence au doute résultant des désaccords scientifiques sur les possibles effets de tel état de fait. Les spécialistes, par exemple, ne s'accordent pas sur les éventuelles conséquences qui pourraient être générées par les antennes de téléphonie mobile ou encore par l'utilisation généralisée d'organismes génétiquement modifiés, pour prendre quelques situations caractéristiques. On peut opposer alors la simple « plausibilité » au risque « étayé »²⁵.

L'ordre juridique est mis au défi par le fait que la connaissance scientifique, loin de garantir la certitude, est à l'origine aujourd'hui d'un « pluralisme de vérités »²⁶. On n'attend plus des scientifiques la vérité absolue, l'incertitude est désormais un élément essentiel de la science moderne.

²³ Arrêt CourEDH Rec. 1997-IV du 27 juillet 1997 *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* ; GOSSEMENT, p. 79.

²⁴ Sur cette affaire et les différents avis exprimés sur ces questions, cf. JUNGO, pp. 60-61 ; CAZALA, pp. 41-42 ; GOSSEMENT, pp. 76-79.

²⁵ Cf. BOUTONNET, p. 226.

²⁶ Selon une formule reprise par BOUTONNET, p. 229 et les références citées nbp 1.

De fait, la prise en compte de l'incertitude scientifique fait entrer l'éthique et la morale dans le droit. C'est en effet « grâce à la réflexion sur l'éthique des sciences qu'il sera possible de définir des mesures de précaution »²⁷. La science et la technologie sont en effet de plus en plus présentes dans notre vie quotidienne ; elles créent des situations et des problèmes nouveaux auxquels le droit doit apporter des réponses. Or, comme on a pu le relever, le principe de précaution est fondé sur un concept de risque en situation d'incertitude, et non sur « une distinction entre le risque et l'incertitude »²⁸. Dès lors, on ne saurait attendre des conclusions scientifiques définitives pour encadrer le risque. Il y a donc là un enjeu politique ; ainsi considéré, le principe de précaution s'adresse à l'État et à son administration, mettant en question sa fonction normative. Et le principe de prendre alors davantage le caractère d'une méthode que celui d'une solution²⁹.

E. Principe de précaution et droit de la responsabilité civile

Si le principe de précaution met évidemment en cause l'activité de l'État, il faut se demander si sa portée normative est suffisante pour en faire également un fondement de responsabilité civile.

En liminaire de cette discussion, il est intéressant de noter l'existence de thèses³⁰ aux termes desquelles le principe de précaution « surplomberait » les différents ordres du droit ; il serait alors conçu comme un principe général de droit commun, prévalant aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne. Objet de mentions expresses dans des textes internationaux³¹, le principe de précaution aurait également une source coutumière³².

Il est des auteurs³³ pour admettre que le principe de précaution serait applicable aux personnes privées dans la mesure où ces dernières ont une part à la gestion des risques. Autrement dit, toute personne qui dispose du pouvoir de lancer ou d'interrompre une activité de nature à générer des risques collectifs pour la santé d'autrui serait tenue au principe de précaution. D'emblée, cette conception pose la question de savoir si la création du risque coïncide avec la possibilité de les gérer. Or, la réponse est souvent négative. Seuls ceux qui exercent une activité à risque et qui sont en situation de les prévenir peuvent tomber dans le champ des obligations susceptibles de découler d'un principe de

²⁷ Cf. GOSSEMENT, p. 84.

²⁸ Cf. *idem*, p. 139.

²⁹ Cf. les références citées par GOSSEMENT sur « l'épistémologie de l'incertitude », pp. 137-140 ; sur « l'éthique de la science », cf. BOUTONNET, pp. 62 ss.

³⁰ Cf. p. ex. FASEL, p. 45 ; BOUTONNET, pp. 148 ss.

³¹ Cf. p. ex. art. 130 du Traité de Maastricht (désormais art. 174 du Traité d'Amsterdam).

³² Sur la coutume comme source du principe de précaution, cf. BOUTONNET, pp. 115 ss.

³³ JUNGO, pp. 326 ss ; BOUTONNET, pp. 75 ss ; GOSSEMENT, pp. 32 ss.

précaution. Cela concerne les entreprises qui mettent en circulation des produits auxquels sont attachés des risques incertains, mais également divers professionnels ou des scientifiques à l'origine de risques particuliers³⁴. À raison de la matière, le principe de précaution, dont les racines proviennent, ainsi qu'on l'a rappelé tantôt, du droit de l'environnement, s'étend aujourd'hui en particulier aux domaines de la santé et de la bioéthique³⁵. On a envisagé d'étendre ce champ à tout problème de sécurité, et notamment à la protection des accidents collectifs tels que ceux qui peuvent être générés par des ouvrages publics comme des barrages, des ponts, des aéroports, voire même d'y inclure les catastrophes naturelles dont les conséquences pourraient être réduites par la mise en œuvre de dispositifs de protection appropriés³⁶.

Dans cette perspective, le principe de précaution ne saurait évidemment laisser l'assureur indifférent. Le principe peut être vu comme un instrument de vigilance ou un moyen de responsabilisation. On a pu envisager à cet égard une sorte de répartition des charges en ce sens que les mesures prises ou à prendre avant la réalisation du sinistre seraient à la charge de l'assuré, tandis que les mesures de sauvetage après la survenance du risque seraient à charge de l'assureur³⁷. Reste à déterminer si les obligations du principe de précaution seraient suffisamment précises pour répondre à la définition d'un risque assurable³⁸.

La réflexion porte notamment sur l'intensité normative du principe. Peut-on en déduire des obligations suffisamment claires pour fonder une prétention en réparation d'un dommage en cas de violation ? S'il ne paraît plus douteux que la précaution, comme principe directeur, inspire désormais le législateur, l'application directe de règles éventuelles de précaution reste discutée. Le passage ne paraît pas encore avoir été franchi de façon définitive entre la précaution vue comme un principe directeur, et la précaution vue comme règle normative³⁹. D'aucuns voient cependant la possibilité de recourir à la précaution dans le contexte de la responsabilité délictuelle, en envisageant par exemple de l'inscrire dans un processus évolutif permettant d'apporter une réponse aux insuffisances des principes existants⁴⁰. Certains ne manquent pas de souligner cependant le fait que le droit de la responsabilité civile classique ne serait guère adapté au domaine du principe de précaution⁴¹.

³⁴ BOUTONNET, pp. 133-134.

³⁵ Cf. *idem*, p. 136.

³⁶ Cf. les références citées par BOUTONNET, p. 137.

³⁷ Cf. BOUTONNET, p. 137.

³⁸ Sur la notion, cf. p. ex. BRULHART, pp. 243 ss (244 ss).

³⁹ Cf. BOUTONNET, p. 166.

⁴⁰ Cf. *idem*, p. 172.

⁴¹ Cf. p. ex. KAMENA, pp. 453 ss (461 ss).

On pourrait, il est vrai, discuter d'une éventuelle action préventive, ce qui poserait la question, notamment, de ses rapports avec l'action réparatrice⁴². Or, on tend aujourd'hui à remettre en évidence le caractère préventif du droit de la responsabilité civile⁴³. Le projet de révision du droit français de la responsabilité introduit d'ailleurs une norme expresse permettant au juge d'ordonner une action préventive⁴⁴. Il est vrai que la discussion devrait porter encore sur le défendeur à une telle action⁴⁵.

Quoiqu'il en soit, la question demeure discutée de savoir si le juge civil peut se fonder sur le principe de précaution. En France, par exemple, certains magistrats n'hésitent apparemment pas à faire valoir une exception d'incompétence matérielle au profit de juges administratifs, même si d'autres paraissent moins pusillanimes⁴⁶.

IV. La réception en droit suisse

A. En général

Il est intéressant de noter qu'en droit suisse, le principe de précaution a également été invoqué, initialement, en lien avec les atteintes à l'environnement. Au reste, le Tribunal fédéral a pu souligner l'importance de la précaution dans le contexte d'une politique de développement durable, un objectif consacré désormais par notre Constitution fédérale (art. 2 al. 2)⁴⁷. C'est bien la répétition de catastrophes écologiques qui a conduit certains à exprimer l'avis selon lequel les disciplines du droit et de la science doivent abandonner ce qu'elles regardaient autrefois comme des vérités absolues, pour admettre le « pluralisme des vérités » dont il est fait mention plus haut. Le principe de précaution devrait alors présider à cette transition en régulant l'incertitude et en établissant des ponts entre la science et le droit⁴⁸.

On a tenté alors de mettre en évidence les caractéristiques du principe de précaution ; le risque, le dommage et le degré d'incertitude scientifique seraient au nombre de celles-là.

⁴² Cf. HAUTEREAU-BOUTONNET/SAINT-PAU, p. 150.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ Sur ce point, cf. «http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf» ; pour la notion d'action préventive cf. également HAUTEREAU-BOUTONNET/SAINT-PAU, pp 149 ss ; BOUTONNET, pp. 316 ss ; KAMENA, p. 458.

⁴⁵ Sur ce débat, cf. p. ex. HAUTEREAU-BOUTONNET/SAINT-PAU, pp. 383 ss. La difficulté tient au fait que le risque peut avoir plusieurs origines et, souvent, de nombreux auteurs qui peuvent intervenir de manière indépendante ou dans une même chaîne.

⁴⁶ Sur cette discussion, cf. p. ex. KAMENA, p. 458.

⁴⁷ Cf. sur ce point, DUBEY, p. 115.

⁴⁸ Cf. REFONDINI, pp. 31 ss.

Le risque constitue naturellement l'élément clé : sa seule existence ne saurait suffire pour justifier la précaution ; encore faut-il en effet que ce dernier soit susceptible d'entraîner un dommage, lequel doit être grave et irréversible. Quant à l'incertitude scientifique, elle permettra la distinction entre la précaution et la prévention. Si le risque est suffisamment connu, on imposera la prévention, la précaution trouvant sa place, précisément, dans un contexte d'incertitude scientifique⁴⁹.

S'impose alors une réflexion sur les limites de la précaution, ces dernières se rapportant en particulier au degré d'incertitude qui doit présider à la mise en œuvre du principe. Si l'on peut exclure d'emblée les extrêmes que constituent, d'une part, la quasi-certitude et, d'autre part, une quelconque incertitude, il reste difficile d'identifier le juste milieu qui conduira à une action proportionnée et mesurée. On a certes proposé de procéder tout d'abord par une « collecte d'indices » permettant une sorte de gestion du risque⁵⁰. Mais il restera difficile quoi qu'il en soit de définir des critères valables une fois pour toutes, le principe de précaution ne pouvant être dépareillé de son caractère de subjectivité⁵¹. Du reste, c'est précisément cet élément de subjectivité qui devrait conduire à faire dépendre la mise en œuvre du principe davantage du caractère acceptable ou inacceptable du risque, et donc de la protection recherchée, que de sa gravité, une condition dont la mise en œuvre serait quasi impossible en matière de santé publique⁵².

Aussi a-t-il été envisagé de passer du principe à une « éthique » de prévention. On envisagerait selon cette conception plutôt des façons de se comporter, certaines moralement acceptables et d'autres moralement répréhensibles. Ce seront en particulier la manière et le dessein liés à l'utilisation d'une certaine technologie qui pourraient constituer dès lors les critères permettant de fixer le cadre de l'action admissible, par opposition à celle qui ne le serait pas⁵³. C'est aussi dans ce contexte que pourrait s'inscrire l'objectif de « transparence » qui vise à garantir en cette matière une information aussi complète que possible aux personnes concernées, notamment celles qui pourraient être affectées par la réalisation du risque⁵⁴.

En l'état, le principe de précaution est considéré comme un principe général du droit de l'environnement, de rang constitutionnel⁵⁵. Il a fait l'objet de diverses concrétisations

⁴⁹ Cf. REFONDINI, p. 37 ; FASEL, pp. 37 ss ; FOUCHER, p. 27.

⁵⁰ Cf. REFONDINI, p. 38.

⁵¹ Selon le Tribunal fédéral, « les risques reposant sur de simples intuitions, spéculations ou hypothèses dénuées de fondement scientifique objectif et sérieux ne sont, en principe, pas de nature à justifier des mesures de précaution », cf. ATF 132 II 305, consid. 5.3.

⁵² Cf. FASEL, pp. 226-227.

⁵³ Cf. REFONDINI, p. 39.

⁵⁴ Sur les exigences de transparence, cf. les références citées par FASEL, p. 190, nbp 939.

⁵⁵ Cf. p. ex. JUNGO, p. 299.

légales, en droit de l'environnement précisément, comme nous venons de le voir⁵⁶, mais aussi dans la loi sur le génie génétique⁵⁷, dans la loi sur l'agriculture⁵⁸, dans la loi sur les denrées alimentaires⁵⁹, ou encore dans la loi sur les épidémies⁶⁰. Certains ont même envisagé la mise en place d'une formulation générale du principe de précaution susceptible de figurer dans la législation relative à la protection de la santé publique⁶¹.

B. Un conflit de constitutionnalité ?

On a pu mettre en évidence le fait que surgissent parfois des conflits entre les objectifs poursuivis par différentes législations. Précisément en matière de téléphonie, il existe un intérêt public à la couverture mobile⁶², y inclus pour les prestations qui excèdent la simple communication et qui visent à garantir diverses prestations multimédias, lesquelles nécessitent plus de puissance et un rayonnement plus large. Un conflit est alors susceptible d'apparaître entre l'intérêt qui porte sur une couverture de réseau (art. 92 al. 2 Cst.⁶³ et art. 1 al. 1 et 2 LTC), ce qui peut impliquer la mise en place de nombreuses antennes, et l'intérêt à la protection de la santé, qui pourrait justifier une limitation du rayonnement électromagnétique⁶⁴.

Principe général du droit de rang constitutionnel, le principe de précaution pourrait dès lors se voir attribuer une importance prépondérante dans la balance des intérêts⁶⁵.

C. Un fondement de responsabilité ?

La question pourrait être discutée, par exemple, en lien avec la responsabilité découlant de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits⁶⁶. Il faut rappeler toutefois

⁵⁶ Art. 1 al. 2 ; 11 al. 3 ; 26 al. 1 ; 28 al. 1 ; 29a al. 1 LPE.

⁵⁷ RS 814.91 ; *cf.* JUNGO, p. 114 ; FASEL, p. 263.

⁵⁸ RS 910.1 ; *cf.* JUNGO, p. 115 ; FASEL, p. 263.

⁵⁹ RS 817.0 ; *cf.* JUNGO, p. 131 ; FASEL, p. 263.

⁶⁰ RS 818.101 ; *cf.* JUNGO, p. 134.

⁶¹ *Cf.* FASEL, pp. 263 ss. *Cf.* également la loi-type adoptée par l'Union Africaine sur la biosécurité qui comprend un article 8 ainsi formulé : « Dans tous les cas, lorsqu'il y a des raisons de suspecter l'existence de menaces de risques majeurs, le manque de preuves scientifiques ne doit pas être utilisé pour justifier la décision de ne pas prendre de mesures », *cf.* KAMENA, p. 456.

⁶² Sur la couverture nationale, *cf.* CAVALERI RUDAZ, pp. 66 ss. Sur le service universel et l'obligation de couverture, *cf.* ROUSSIANOS-MOAYEDI, pp. 181 ss et p. 283.

⁶³ *Cf.* ROUSSIANOS-MOAYEDI, pp. 19 ss.

⁶⁴ *Cf.* JUNGO, p. 299 ; sur l'intérêt public à la couverture réseau de téléphonie mobile, *cf.* p. ex. arrêt du TF 1C_13/2009 du 23 novembre 2009, cité par JUNGO, nbp 1701.

⁶⁵ *Cf.* FLÜCKIGER, pp. 155 ss (168 ss) ; JUNGO, p. 299. Sur la méthode permettant de régler ce type de conflit, *cf.* les références citées par JUNGO, p. 299, nbp 1700 et 1701.

qu'une exonération peut être envisagée dans ce contexte lorsque « l'état de connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence d'un défaut » (risque de développement)⁶⁷. On peut se demander dès lors si l'existence de doutes scientifiques serait susceptible de justifier une libération du producteur. Or, souvent, les innovations sont à l'origine d'incertitudes sur les possibles effets préjudiciables et néfastes, à terme, des produits commercialisés. Exonérer le producteur pour le risque de développement doit permettre d'éviter de freiner les avancées techniques, entre autres objectifs. Reste que le producteur doit démontrer que l'état des connaissances scientifiques, lors de la mise en circulation du produit, ne lui permettait pas de déceler l'existence d'un défaut. Pour le Tribunal fédéral, la question de l'état des connaissances s'examine sur la base d'un standard objectif⁶⁸, certains disent universel⁶⁹. Ce sont les connaissances dont le producteur est « censé être informé », sans égard à la question de savoir si ce dernier a connu, effectivement, le risque en cause. On attend donc de lui qu'il se réfère à l'état de la science. Pour autant, les connaissances scientifiques doivent être accessibles, et elles doivent être reconnues. Des opinions isolées peuvent être écartées, à tout le moins, dit le Tribunal fédéral, « par rapport à des produits qui ne présentent pas un danger particulièrement élevé pour la population ou l'environnement ». Ce qui a fait dire à certains qu'il « existe une corrélation entre le degré de preuve et l'importance du dommage dans les cas de dommages corporels multiples ou à l'environnement »⁷⁰.

En relation avec l'activité étatique, la question pourrait se poser, notamment, d'une éventuelle obligation tendant à une adaptation du dispositif normatif. Si des doutes suffisants justifient la mise en œuvre d'un principe de précaution, et s'il en résulte un devoir d'assujettir l'exercice de telle activité à des conditions aggravées, on pourrait considérer alors que l'État soit tenu de prendre des dispositions sur le plan réglementaire. Tel pourrait être le cas des exigences fixées par l'ORNI⁷¹, si le principe de précaution devait être à l'origine de doutes suffisants justifiant une aggravation des exigences liées à l'exercice de l'industrie des télécommunications⁷².

⁶⁶ RS 221.112.944.

⁶⁷ Art. 5 al. 1 let. e LRFP ; sur ces questions, cf. notamment WERRO, pp. 77 ss (85).

⁶⁸ ATF 137 III 226, consid. 4.1.

⁶⁹ TRAN/ETIER, pp. 105 ss (118).

⁷⁰ TRAN/ETIER, p. 122.

⁷¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, p. 16.

⁷² Le passage de la technologie 4G à celle de la 5G, qui se concrétise notamment par le remplacement d'antennes déjà présentes, pourrait constituer un « cas de bagatelle » (cf. JUNGO, pp. 197 ss.), car les valeurs limites fixées par l'ORNI restent applicables à toutes les antennes. En d'autres termes, l'art. 11 al. 2 LPE ne s'appliquerait pas pour le remplacement de technologie (cf. OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Réseaux 5G*, cf. également p. ex. FASEL, pp. 225 ss). Reste encore à savoir si les gammes de fréquence utilisées pour la 5G affecteraient la santé humaine ou

Conclusions

Notre contribution paraît montrer que le principe de précaution, développé initialement en droit international de l'environnement, représente désormais, en Suisse aussi, une composante incontournable de toute discussion qui met en jeu l'environnement et la santé. Le risque, le dommage et le degré d'incertitude pourraient constituer les éléments d'appréciation essentiels de tout débat mené sur ce terrain. Quant au rattachement du principe dans notre ordre juridique, il peut intervenir au travers de la législation, lorsque cette dernière y fait une référence expresse ; à défaut, on il est encore possible d'invoquer son caractère de principe général du droit de rang constitutionnel. Mais il reste le principe de précaution paraît davantage appelé à inspirer le législateur et les autorités dans l'élaboration de normes (lois ou ordonnances), qu'à conduire l'autorité dans ses décisions, administratives notamment. En matière de téléphonie mobile, l'ORNI et ses valeurs limites semblent poser, somme toute, un cadre assez contraignant ; cette ordonnance serait au fond une manière de traduire le principe de précaution dans notre ordre juridique, et il conviendrait de s'y tenir. Reste que la situation peut évoluer, aussi bien sur le terrain des risques que sur celui des connaissances scientifiques ; il est donc indispensable que le système normatif s'adapte en parallèle, ce qui suppose en particulier la mise en place d'une veille technologique, ainsi qu'un devoir d'observation, d'évaluation et, au besoin, de correction⁷³. De ce point de vue, il sera intéressant de suivre l'évolution du rapport technique qui a été commandé par l'administration fédérale, et dont les résultats sont attendus pour la fin de l'année 2019⁷⁴.

Bibliographie

- AUER Andreas / FLÜCKIGER Alexandre / HOTTELIER Michel (édit.), *Les droits de l'homme et la constitution – Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève/Zurich/Bâle 2007.
- BOUTONNET Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse, Paris 2005.
- BOVET Christian, Cadre réglementaire des réseaux de téléphonie mobile et politique de la concurrence, *DEP* 2004, pp. 689 ss.

l'environnement (cf. p. ex. SEYDTAGHIA. Pour l'heure, le rapport l'OFEV n'étant pas encore paru (OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Réseaux 5G*, la question de savoir si le principe de précaution devrait être appliqué en attendant plus de précision reste ouverte.

⁷³ Sur le principe de l'adaptation de l'ORNI aux nouvelles connaissances, cf. JUNGO, p. 198.

⁷⁴ Cf. ATF 133 II 169, RDAF 2008 I 556, consid. 3.2 ; JUNGO, pp. 181 ss.

- BOVET Christian, Utilisation et partage des ressources de télécommunication, in : B. Cottier (édit.), *Le droit des télécommunications en mutation*, Fribourg 2001, pp. 185 ss.
- BRULHART Vincent, Le dommage assurable : quelques réflexions sur les limites juridiques et techniques de l'assurabilité, in : Werro/Pichonnaz (édit.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral – Colloque du droit de la responsabilité civile 2013 – Université de Fribourg*, Berne 2013, pp. 243 ss.
- CAVALERI RUDAZ Caroline, *L'accès aux réseaux de télécommunication et d'électricité*, thèse Genève, Berne 2010.
- CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Louvain-la-Neuve 2006.
- CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédict (édit.), *La responsabilité du fait des produits – Journée de la responsabilité civile 2016*, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- COTTIER Bertil (édit.), *Le droit des télécommunications en mutation*, Fribourg 2001.
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, *Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur la protection contre les dangers liés au rayonnement non ionisant et au son (LRNIS) du 26 mars 2014*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2014, « https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2426/LRNIS_Rapport-expl_fr.pdf » (28.07.2019).
- DUBEY Jacques, La limitation préventive des atteintes à l'environnement entre liberté et neutralité économique : le « possible », le « supportable » et le « raisonnable », in : D. Sifonios (édit.), *Entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, CEDIDAC vol. 82, Lausanne 2009, pp. 115 ss.
- FASEL Brigitte, *La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?*, thèse Neuchâtel, Bâle 2011.
- FLÜCKIGER Alexandre, L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux, in : Auer/Flückiger/Hottelier (édit.), *Les droits de l'homme et la constitution – Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 155 ss.
- FOUCHER Karine, *Principe de précaution et risque sanitaire – recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, thèse Nantes, Paris 2002.
- GOSSEMENT Arnaud, *Le principe de précaution - essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, thèse, Paris 2003.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde / SAINT-PAU Jean-Christophe, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Lyon/Bordeaux 2016.
- JUNGO Fabia, *Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse – avec des perspectives de droit international et de droit européen*, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2012.
- KAMENA Bréhima, Le principe de précaution en droit privé, in : *Revue africaine de sciences politique et sociales (RASPOS)* 4/2015, pp. 453 ss.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Prise de position commune de l'OFEV et de l'OFCOM du 3 mai 2019 concernant les moratoires cantonaux sur les antennes de téléphonie mobile 5G et le droit fédéral*, « https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/fr/dokumente/elektromog/dossier/Gemeinsame_Stellungnahme_BAFU_BAKOM_Kantonale_Moratorien_zu_Mobilfunk-Antennen_5G_und_Bundesrecht.pdf.download.pdf/Prise_de_position_commune_de_l_OFEV_et_de_l_OFCOM_Moratoires_cantonaux_sur_les_antennes_de_téléphonie_mobile_5G_et_droit_fédéral.pdf » (28.07.2019).

- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *Réseaux 5G : opportunités et besoins liés au déploiement en Suisse*, « <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/electrosmog/dossiers/reseaux5g.html> » (28.07.2019).
- POLTIER Etienne, *Avis de droit portant sur l'initiative N 7.0084*, in : Parlement valaisan (<https://parlement.vs.ch>) Lausanne 2019, « https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2019/04/2019.05_IP_7.0084_Lignes%20THT_RAPP_COM.pdf » (28.07.2019).
- REFONDINI Antoine, *L'incertitude scientifique saisie par le droit – L'exemple du principe de précaution, ex/ante 2/2016*, pp. 31 ss.
- ROUSSIANOS-MOAYEDI Leila, *Les concessions de services de télécommunication – Étude de droit suisse et de droit communautaire*, thèse Lausanne, Berne 2002.
- SEYDTAGHIA Anouch, *5G et santé : dix points pour comprendre*, *Le Temps* « <https://www.letemps.ch/economie/5g-sante-dix-points-comprendre> » (28.07.2019).
- SIFONIOS David (édit.), *Entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, vol. 82, Lausanne 2009.
- TRAN Laurent / ETIER Guillaume, *Responsabilité du fait des produits – le risque de développement*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité du fait des produits – Journée de la responsabilité civile 2016*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 105 ss.
- VULLIEMIN Pierre-François, *L'« état actuel des connaissances scientifiques et techniques » : diligence du producteur et finitude de l'homme*, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- WERRO Franz, *La responsabilité pour produits pharmaceutiques défectueux dans la jurisprudence récente*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité du fait des produits – Journée de la responsabilité civile 2016*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 77 ss.
- WERRO Franz / PICHONNAZ Pascal (édit.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral – Colloque du droit de la responsabilité civile 2013 – Université de Fribourg*, Berne 2013.

L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme

Sommaire	Page
Introduction	861
I. Les tendances centripètes du droit de la construction	861
II. L'unification du droit cantonal des constructions	863
A. L'unification structurelle au moyen de droit fédéral souple	863
B. L'unification terminologique : des normes privées vers une solution concordataire	865
Conclusion	867
Bibliographie	868

Introduction

Alors que le droit des constructions est morcelé puisqu'il relève de la compétence législative des cantons, des tendances centripètes fortes le poussent vers l'unification. À défaut de base constitutionnelle permettant à la Confédération d'unifier la matière, on montrera comment les acteurs recourent au droit souple et aux normes privées dans l'espoir d'harmoniser progressivement le droit des constructions.

I. Les tendances centripètes du droit de la construction

Le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions est une tâche qui incombe aux cantons ; la compétence fédérale étant limitée à la fixation des seuls principes applicables en matière d'aménagement du territoire¹. Pourtant, la Confédération n'est pas

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ Art. 75 al. 1^{er} Cst. Sur la compétence spécifique en matière de droit des constructions, cf. ci-dessous note 9.

exempte de velléités centralisatrices. L'échec pour ce motif de la première loi fédérale sur l'aménagement du territoire en votation populaire en 1976 en offre très tôt le témoignage. Aujourd'hui, une partie de la doctrine se plaît à relever les incursions du législateur fédéral hors de sa compétence législative restreinte aux principes pour les critiquer².

Les forces centripètes sont en pratique très puissantes. Dans un monde globalisé, les promoteurs, les constructeurs, les investisseurs, les ingénieurs, les architectes et les urbanistes n'échappent pas à la tendance, pas plus que les juristes qui ont plaidé pour une législation fédérale sur les constructions³. Poussé, depuis longtemps⁴, par des parlementaires critiquant le coût des réglementations pour les entreprises et l'économie plus généralement, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur le sujet en 2013 dans lequel il pointait, en particulier, le domaine de la construction :

« Il existe ainsi plus de 140 000 articles de lois et d'ordonnances rien qu'en matière d'aménagement et de construction [...] Tout cela sans oublier les normes privées (p. ex. normes de la Société suisse des ingénieurs et architectes [SIA], de l'Organisation internationale de normalisation [ISO], etc.), qui causent également des coûts aux entreprises. »⁵

Même si le Conseil fédéral reconnaît l'extrême difficulté à chiffrer le « coût » du fédéralisme, il rapporte le désir récurrent des entreprises de disposer de normes harmonisées plutôt qu'une diversité réglementaire qui en compliquerait l'application :

« [D]e nombreuses entreprises se sont plaintes de la diversité des normes et de leur application au niveau cantonal et communal ; lors des discussions consacrées aux mesures d'amélioration, le thème de l'harmonisation a été évoqué à de nombreuses reprises. »⁶

L'argument de l'efficacité et de l'efficience économique est mis en exergue pour contrer la diversité des législations cantonales en matière de construction. Le Conseil fédéral est sûr de lui : harmoniser la législation sur les constructions présente un « important » potentiel de réduction des coûts :

« [L]a mesure simplifiera l'application de la réglementation et réduira ainsi (indirectement) les coûts de la réglementation en induisant une baisse du prix de la construction. L'étude sur l'efficacité de la construction (Effi-Bau) a également

² GRIFFEL 2015, N. 43.

³ Cf. par exemple LENDI, p. 3 ; MUGGLI.

⁴ Cf. notamment l'initiative parlementaire Rolf Hegetschweiler 98.439 « Harmonisation du droit de la construction » du 9 octobre 1998.

⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

évalué à plusieurs centaines de millions par année les coûts de l'absence d'harmonisation dans le domaine de la construction. »⁷

On notera cependant – non sans quelque étonnement – que le Conseil fédéral explique, dans ce même rapport, que le coût de la diversité cantonale n'a pas été évalué et que si le fédéralisme est susceptible d'augmenter les coûts, il peut aussi contribuer à les diminuer :

« D'un autre côté, le fédéralisme permet d'adapter la réglementation aux réalités locales. Le risque d'un niveau de norme plus élevé en lien avec la centralisation ou l'harmonisation a aussi été évoqué (harmonisation vers le haut). [...] La rigidité d'une réglementation centralisée peut aussi faire augmenter les coûts de la mise en application. La diversité locale permet une concurrence aussi au niveau réglementaire (en plus de la concurrence fiscale). »⁸

En l'état du droit constitutionnel, une harmonisation de la législation sur les constructions ne relève pas de la compétence fédérale mais bien de celle des cantons et des communes⁹. Le constituant a en effet souverainement décrété que 26 législations possiblement différentes devaient régler le sujet au niveau cantonal, faisant prévaloir le principe fédéraliste sur celui de l'efficacité ou de l'efficacité économique. Seules une révision constitutionnelle ou une harmonisation concordataire volontaire de la part des cantons entreraient en considération. Le constituant n'a en effet même pas compris l'aménagement du territoire parmi les domaines dans lesquels la Confédération pourrait au besoin conférer force obligatoire générale à des conventions intercantionales ou obliger les cantons récalcitrants à y adhérer (art. 48a Cst.).

II. L'unification du droit cantonal des constructions

A. L'unification structurelle au moyen de droit fédéral souple

Devant ces obstacles constitutionnels, la Confédération a trouvé la parade : recourir au droit souple. Le procédé est classique et potentiellement efficace. Nombreux sont en effet

⁷ *Ibidem*, p. 57.

⁸ *Ibidem*, p. 18. Pour une critique, cf. GRIFFEL 2018, p. 1223, qui se réfère à IVANOV, p. 381 s.

⁹ RUCH, N. 25, sur les implications constitutionnelles en termes de répartition des compétences de la distinction entre droit de l'« aménagement du territoire » et droit des « constructions ». Cf. ég. GRIFFEL 2018, p. 1222.

les exemples où le droit souple a été mis à contribution pour préparer progressivement la société à l'adoption de nouvelles règles¹⁰.

La politique suisse de l'énergie fourmille d'exemples : actes de planification non obligatoires précédant la compétence fédérale, étiquettes-énergie facultatives, lois-modèles, recommandations, standards et labels cantonaux sous forme de marque protégée, etc.¹¹

Cette fonction pré-juridique, justifiée dans un souci d'efficacité, ne va toutefois pas sans poser de délicats problèmes de légitimité démocratique¹². En l'espèce, l'instrument utilisé en dernier lieu est la rédaction d'une législation-modèle : la *structure-modèle de loi cantonale sur les constructions* (« *Musterstruktur für ein kantonales Baugesetzbaugesetz* » / « *Modello di struttura per una legge edilizia cantonale* »)¹³.

Rédigé par un expert en légistique, sur mandat de l'Office fédéral du développement territorial (ARE) qui agissait lui-même sur mandat du Conseil fédéral dans le cadre du rapport précité sur les coûts de la réglementation¹⁴, le texte a été adopté par l'ARE à la suite des travaux d'un groupe de suivi dont le dédicataire des présents mélanges faisait partie¹⁵.

Le texte définit une structure orientée autour des définitions, de l'aménagement du territoire, des prescriptions relatives à l'utilisation, la construction et la protection, du remembrement, des routes, des eaux, de l'utilisation du sous-sol, de l'expropriation, de la protection juridique, de l'exécution et des sanctions administratives. Il comprend également, contrairement à ce que son intitulé pourrait laisser entrevoir, une série de dispositions entièrement formulées.

Les autorités recourent classiquement à ce type d'instrument lorsqu'elles comptent unifier l'état du droit dans des domaines où elles ne disposent pas de la compétence législative nécessaire. Elles recommandent le respect d'un modèle :

L'office qualifie explicitement le texte de recommandation, qu'il espère voir respecté par les cantons : « La structure-modèle est une recommandation qui devrait être largement suivie par le plus grand nombre possible de cantons. [...] les promoteurs pourront ainsi plus facilement identifier les différences, les particularités ainsi que les avantages et les inconvénients des différentes lois. Elle constitue par

¹⁰ FLÜCKIGER 2019, p. 300 ss.

¹¹ FLÜCKIGER 2016, p. 23-59.

¹² FLÜCKIGER 2019, p. 299 ss.

¹³ OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE).

¹⁴ ARE 2017, p. 6 ; CONSEIL FÉDÉRAL, p. 57.

¹⁵ ARE 2017, p. 7, note 1.

ailleurs une base pour l'harmonisation des pratiques administratives et judiciaires. »¹⁶

En offrant un texte-type clef en main, les autorités créent en effet un environnement comportemental incitateur (« *nudge* ») qui épargne aux entités les affres de la rédaction législative tout en leur assurant une compatibilité avec le droit supérieur¹⁷. Le mécanisme est d'autant plus efficace lorsqu'il s'agit de créer de nouvelles lois à la suite d'un impératif de changement. Dans le cas d'espèce, les législations cantonales sur les constructions existant depuis fort longtemps et l'aiguillon du changement ne revêtant une certaine importance que pour les cantons désireux de procéder à une révision totale, il n'est pas certain que le procédé rencontre toute l'efficacité espérée.

Dans tous les cas, l'Office fédéral du développement territorial admet avoir rédigé ce texte dans le but explicite de faire prévaloir le principe d'efficacité sur la diversité fédéraliste, entendant « contribuer à la standardisation des législations cantonales régissant la construction et à l'augmentation de l'efficacité des constructions »¹⁸. L'idée sous-jacente est que le fédéralisme contribue inutilement à la complexité et au coût de la réglementation :

« Si les lois cantonales sur les constructions ont une structure semblable ou analogue, les dispositions correspondant à chaque situation spécifique seront plus faciles à identifier et à comprendre. Cette amélioration concernera en premier lieu les justiciables d'autres cantons. L'accès au droit cantonal des constructions leur serait ainsi facilité. Un accroissement de l'efficacité de la construction dans son ensemble en est attendu. »¹⁹

B. L'unification terminologique : des normes privées vers une solution concordataire

La standardisation réglementaire voulue par la législation-modèle précédente a été précédée par une harmonisation « terminologique » de ce même domaine : l'*accord intercantonal sur l'harmonisation de la terminologie dans le domaine de la construction* (AIHC) (« *Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe [IVHB]* ») du 22 septembre 2005, qui est entré en vigueur le 26 novembre 2010 et qui, à ce jour, a été ratifié par deux tiers des cantons environ²⁰. L'harmonisation souhaitée est

¹⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷ FLÜCKIGER 2019, p. 284.

¹⁸ OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), p. 6.

¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

²⁰ <https://www.bpuk.ch/fr>, sous Concordats > AIHC (consulté le 19.03.2018) ; GRIFFEL 2018, p. 1223.

purement formelle et contient une définition uniforme pour une trentaine de notions. Les normes concordataires, ne revêtant pas un caractère *self-executing*, doivent encore être transposées dans le droit cantonal²¹.

L'impulsion de ce texte repose en particulier sur une *recommandation* de la Conférence des Directeurs des travaux publics de Suisse centrale du 30 octobre 1998 demandant une harmonisation générale du droit²², ainsi que sur un « projet pilote » présenté par un groupe de conseillers d'État de l'Espace Mittelland le 11 février 1999²³.

Plus spécifiquement, l'accord intercantonal est notamment le fruit d'une série de normes préliminaires d'harmonisation émanant de l'association « Normes pour l'aménagement du territoire »²⁴. Cette association de droit privé, composée de représentants publics et de personnes privées²⁵, a mené le travail de fond « le plus productif » (« *den produktivsten Beitrag* ») pour l'harmonisation du droit de la construction, selon un fer de lance impliqué dans le processus²⁶.

Ces normes seront ensuite coulées dans le cadre des normes privées de la Société suisse des ingénieurs et architectes (normes SIA)²⁷ dans le but avoué de servir de base scientifique aux législateurs cantonaux afin que ceux-ci disposent de la « matière première » nécessaire pour procéder à l'harmonisation espérée :

« Mit den < Normen >, die sich als fachliche Grundlage für die Gesetzgebung verstehen, wird die Politik über das nötige Rohmaterial verfügen, um eine Harmonisierung anzupacken. »²⁸

²¹ GRIFFEL 2018, p. 1224.

²² CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), ch. 1.5.

²³ *Ibidem*. Le projet ne se contentait pas d'une harmonisation formelle mais proposait des éléments d'unification matérielle également (cf. MUGGLI, p. 8). On notera aussi la menace de l'adoption d'une loi fédérale sur la construction (cf. GRIFFEL 2018, p. 1223).

²⁴ CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), ch. 1.5, note 13.

²⁵ Cf. MUGGLI, p. 7, note 4 : Association suisse pour l'aménagement national VLP-ASPAN, devenue entre-temps « Espace Suisse – Association pour l'aménagement du territoire » ; Fédération suisse des urbanistes (FSU) ; Conférence suisse des aménagistes cantonaux (COSAC) ; Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) ; Office fédéral du développement territorial (ARE) ; Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) ; Hochschule für Technik Rapperswil (HSR) ; Communauté d'études pour l'aménagement du territoire (CEAT) ; Écoles polytechniques fédérales de Lausanne et de Zurich (EPFL et ETH).

²⁶ MUGGLI, p. 12.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 13.

La volonté de pallier les lenteurs du politique est clairement assumée par cette association professionnelle qui se réfère explicitement aux travaux de l'association « Normes pour l'aménagement du territoire » :

« Différentes tentatives d'harmonisation des notions d'aménagement du territoire n'ont jusqu'à présent pas abouti. De là est née l'idée, au sein de l'association « Normes pour l'aménagement du territoire », d'introduire les principales notions et leurs définitions dans l'appareil normatif de la SIA. »²⁹

En édictant ces normes, la SIA visait explicitement « à harmoniser les règlements relevant de ce domaine » :

« La norme SIA 421[:2006] « Aménagement du territoire – Indices d'usage du sol » est la première d'une série de normes d'aménagement visant à harmoniser les règlements relevant de ce domaine. »³⁰

Le bilan de l'exercice serait pourtant décevant, selon un spécialiste du droit de l'aménagement du territoire qui diagnostique une multitude de problèmes de transposition à venir et de mise en œuvre possiblement coûteux aux résultats incertains, conduisant au final à relativement peu d'harmonisation :

« Die Bilanz fällt ernüchternd aus : grosser Implementierungsaufwand in allen « Konkordatsgemeinden », viele neue Rechtsunsicherheiten, viele zusätzliche Rechtsmittelverfahren, und das während einer Zeitspanne von schätzungsweise 20 bis 30 Jahren! Auf der Kostenseite dürfte dies – zumindest kurz- und mittelfristig – eindeutig negativ zu Buche schlagen; dies im Gegensatz zu den Erwartungen, die am Anfang standen, als der Ruf nach Vereinheitlichung in die politischen Druckleitungen gepumpt wurde. [...] Ein relativ hoher Preis also für relativ wenig Harmonisierung ! »³¹

Conclusion

En l'état du droit, la Constitution fédérale n'autorise pas la Confédération à édicter une loi fédérale qui unifierait le droit de la construction. Elle ne lui permet pas non plus de conférer force obligatoire générale à des conventions intercantionales visant à unifier la matière ni de forcer les cantons éventuellement récalcitrants à y adhérer.

²⁹ SOCIÉTÉ SUISSE DES INGÉNIEURS ET DES ARCHITECTES (SIA), Norme 421:2006 « Aménagement du territoire – Indices d'usage du sol », Avant-propos.

³⁰ *Ibidem*, section « Information » sur le site internet.

³¹ GRIFFEL 2018, p. 1234.

Au lieu de provoquer d'abord une révision de la Constitution fédérale (construction du droit pyramidale, « par le haut »), les partisans de la centralisation ont développé, dans un premier temps, notamment des normes privées, ayant conduit à un concordat prescrivant une harmonisation terminologique. Plus récemment, la Confédération a fait un pas de plus en adoptant une législation-type recommandant d'harmoniser la structure des lois cantonales ainsi qu'une série de dispositions de fond dont il est prématuré d'analyser les impacts.

Le chemin vers une unification du droit de la construction, tant formelle que matérielle, risque d'être encore long en Suisse. S'il devait un jour être effectivement unifié, il offrirait – peut-être – un exemple supplémentaire de genèse du droit par inversion hiérarchique normative³² (construction du droit « par le bas ») et de confirmation de l'hypothèse du droit souple comme une matière sablonneuse en voie de cristallisation (construction du droit « dur » par cristallisation progressive du droit souple)³³.

Bibliographie

- CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), *Accord intercantonal harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions (AIHC) : Message type*, Zurich [sans date].
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur les coûts de la réglementation : Estimation des coûts engendrés par les réglementations et identification des possibilités de simplification et de réduction des coûts – Rapport du Conseil fédéral en exécution des postulats 10.3429 Fournier et 10.3592 Zuppiger*, Berne 2013.
- FLÜCKIGER Alexandre, La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel, in : Brandt/Hottelier/Foëx (édit.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques*, Genève 2016, p. 23-59.
- FLÜCKIGER Alexandre, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019.
- GRIFFEL Alain, Art. 75, in : Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015.
- GRIFFEL Alain, Die Harmonisierung der Baubegriffe – ein Schlag ins Wasser, *PJA* 2018.
- IVANOV Daniela, *Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung – Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze*, Zurich/Bâle/Genève 2006.
- LENDI Martin, Greifen wir kühn nach einem Bundesbaugesetz, *SBW*, 27 septembre 1996.
- MUGGLI Rudolf, Baurechtharmonisierung : ein ambitiöses, aber lohnendes Projekt, *PBG aktuell : Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht*, 3/2002.

³² FLÜCKIGER 2019, p. 244.

³³ *Ibidem*, ch. 3.3.4.2.

OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), *Structure-modèle de loi cantonale sur les constructions*, Berne 2017.

RUCH Alexander, Art. 75, in : Ehrenzeller *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014.

La géothermie entre droit fédéral et cantonal

Sommaire

	Page
Introduction	871
I. Les réponses nouvelles	872
A. La loi fédérale du 30 septembre 2016	872
B. La jurisprudence récente	875
1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018	875
2. L'arrêt de la Cour administrative du Jura du 13 décembre 2016	877
3. L'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2018	880
4. La synthèse	882
II. Les questions laissées ouvertes	884
Conclusion	885

Introduction

Le destinataire de cet ouvrage est le coauteur d'un article paru en 2015 et qui a retenu une vive attention¹. Cette contribution savante et fouillée étudiait l'ensemble des problèmes relatifs au pouvoir législatif des cantons dans le domaine encore peu exploité de la géothermie. Depuis lors, certaines des questions abordées ont reçu une réponse explicite des autorités fédérale ou cantonales, tandis que d'autres restaient ouvertes. En effet, une nouvelle loi fédérale sur l'énergie fut promulguée le 1^{er} janvier 2018, accompagnée d'une ordonnance². De plus, trois décisions judiciaires rendues entre 2016 et 2018 éclairent au moins partiellement la matière. Mais il reste beaucoup à découvrir.

La notion même de géothermie demeure floue. Elle peut se comprendre comme une installation de peu d'importance, qui implique un forage de quelques dizaines de mètres afin de produire la quantité d'électricité nécessaire à un bâtiment. Mais elle se comprend

* Professeur honoraire de l'Université de Lausanne.

¹ Etienne POLTIER / Denis PIOTET, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *RDS* 134/2015 I p. 449-492.

² Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne, RS 7320.0 ; OEne, RS 730.01.).

aussi comme une installation de production d'électricité par une centrale qui exploite le sous-sol à une température de plus de 150 °C, c'est-à-dire entre 3000 et 5000 mètres de profondeur. C'est dans cette seconde acception qu'on parle ici de géothermie.

La première tentative d'application de cette technique en Suisse a eu lieu à Bâle et s'est terminée par l'abandon du projet en 2006 à la suite de secousses sismiques. En raison de cette expérience et de celles qui furent faites à l'étranger, un nouveau système dit « multifractures horizontales » fut développé. Il devrait permettre la réalisation d'installations sûres et propres et un rendement énergétique supérieur. Jusqu'ici, les prospections ont été rares. Toutefois, à Genève, une requête en autorisation de construire a été déposée, en vue d'un projet de « géothermie 2020 ». Dans le canton du Jura, après les études menées par les Services des transports et de l'énergie, de l'aménagement du territoire et de l'Office de l'environnement, un projet de géothermie profonde fut envisagé, sur la base d'un plan spécial cantonal. Ayant reçu les autorisations nécessaires, ce projet fut mis en cause par l'opposition de plusieurs citoyens et le dépôt d'une initiative populaire qui tendait à l'interdiction totale de la géothermie profonde sur tout le territoire cantonal. Dans l'intervalle est entrée en vigueur la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie. La nouvelle loi et la jurisprudence développée à l'occasion du projet concret autorisée dans le Jura ont apporté des réponses partielles aux questions posées et en laissent d'autres ouvertes.

I. Les réponses nouvelles

Elles sont données d'abord par la loi fédérale entièrement révisée du 30 septembre 2016, acceptée en référendum le 27 mai 2017, ensuite par la pratique récente.

A. La loi fédérale du 30 septembre 2016

Afin d'en comprendre la portée propre, il convient de rappeler la législation à laquelle elle succède, ainsi que les dispositions constitutionnelles qui lui servent de fondement.

La loi du 26 juin 1998 reposait essentiellement sur les articles 24^{septies} et 24^{octies} de la Constitution fédérale de 1874. Alors que le premier protégeait l'environnement, le second tendait à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant et notamment l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables. La Confédération cherchait ainsi à défendre les êtres humains contre les immissions et à garantir un approvisionnement diversifié. Le Constituant concevait l'énergie de manière globale, tant pour la production, la distribution que la consommation. Quand il élaborait les dispositions topiques, les

diverses sources d'énergie n'étaient pas encore toutes développées³. Dans le domaine des énergies indigènes et renouvelables, la Confédération recevait une compétence générale, mais limitée aux principes (al. 2)⁴. Une loi sur l'approvisionnement du pays, complétée par une loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité⁵, ainsi qu'un arrêté fédéral du 20 mars 1987, prévoyait le financement de la couverture du risque de forage géothermique.

L'article 24^{octies} Cst., qui confiait à la Confédération le développement des techniques énergétiques, en particulier d'énergies renouvelables comme la géothermie, faisait l'objet d'une législation exhaustive, suivant la doctrine⁶. Autrement dit, soucieuse de faciliter le développement de ce type d'énergie, la Confédération ne laissait aucune place pour le droit cantonal. Néanmoins, malgré de nombreuses révisions, la loi de 1998 comportait peu de règles relatives à la production géothermique, et encore seulement sur des points secondaires (art. 7 ss et 15a).

En revanche, la nouvelle loi, du 30 septembre 2016, renferme des règles plus explicites. Elle a pour fondement l'article 89 de la Constitution fédérale de 1999, dont l'alinéa 3 confère à l'État central seul une compétence spéciale pour favoriser le développement des techniques énergétiques, « en particulier dans les domaines des économies d'énergie et des énergies renouvelables ». Il s'agit d'une compétence législative obligatoire, mais « concurrente ordinaire »⁷.

A vrai dire, le projet du Conseil fédéral ne parlait pas en détail de la géothermie et se contentait d'un vague « concept de développement des énergies renouvelables » (art. 11 ss)⁸. Tout au plus envisageait-il l'intérêt national à l'utilisation des énergies renouvelables en général (art. 14). Le Message ne mentionne la géothermie qu'en passant⁹. À défaut d'un commentaire précis du Conseil fédéral dans son Message, la brochure adressée au peuple avant la votation souligne les intentions du législateur et l'importance qu'il attache à la géothermie. La loi comporte avant tout des dispositions générales sur le recours aux énergies renouvelables, en particulier indigènes. L'approvisionnement en énergie doit y recourir (art. 1 al. 2 lit. c). La Confédération et les cantons sont tenus de coordonner leur politique énergétique (art. 4 al. 1 et 2). Les installations destinées à utiliser les énergies renouvelables revêtent un intérêt national, à partir d'une certaine

³ R. JAGMETTI, in : Aubert/Eichenberger/Koller/Müller/Rhinow/Schindler (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, 1987-1996* Bâle, N 4 ad art. 24^{octies}.

⁴ *Ibid.*, N 6.

⁵ RS 734.7.

⁶ JAGMETTI (*supra* note 3), N 19, 52 et 55 ad art. 24^{octies}.

⁷ Jean-François AUBERT, in : AUBERT/MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 13 ad art. 89.

⁸ FF 2013 6978.

⁹ FF 2013 6877.

taille et importance (art. 6, 12 et 13). Les cantons doivent prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (art. 14 al. 1). La géothermie est mentionnée en particulier dans plusieurs dispositions : elle bénéficie du système de rétribution de l'injection (art. 19 al. 1 lit. d). Elle peut aussi recevoir des contributions en vue de la prospection et de la couverture des investissements (art. 33). Enfin, les cantons sont autorisés à exproprier afin de mettre en place des installations d'intérêt public destinées à l'utilisation de la géothermie (art. 69 al. 1)¹⁰.

Le Message commente brièvement les règles proposées. À l'article 33 du projet, « il s'agit de fournir une couverture aux investissements dans le cadre de la préparation et de la réalisation d'installations géothermiques destinées à la production électrique »¹¹. Le Gouvernement envisageait donc l'octroi de garanties afin de couvrir les frais considérables de forage, d'essai, de recherches géologiques. Quant à l'expropriation, elle n'est envisagée que si une solution à l'amiable n'est pas disponible¹².

Le sens et la portée de la nouvelle loi furent mis en évidence par la brochure remise à chaque citoyen avant la votation du 21 mai 2017, une demande de référendum ayant été déposée. Selon le Conseil fédéral, la géothermie était l'une de énergies renouvelables indigènes qui devait être promue et avoir une part croissante dans la production de l'énergie électrique¹³. L'encouragement de cette technique, d'après le Gouvernement, était un argument important en faveur de la nouvelle loi¹⁴.

Cette dernière impliquait une révision totale de l'ordonnance. En février 2017, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication publia un rapport explicatif sur un « premier paquet de mesures de la stratégie énergétique 2050 ». L'ordonnance du 1^{er} novembre 2017 touche notamment les garanties pour la géothermie et les contributions à la recherche de ressources géothermiques (art. 1 let. e). Elle prévoit un système d'appel d'offres publiques pour les mesures d'efficacité et de contribution à la prospection et à l'exploration géothermique (art. 19 ss.). Elle règle également les contributions à la recherche de ressources géothermiques et des garanties pour la géothermie (art. 23 ss.). Aussi a-t-elle pour but de diminuer les risques inhérents aux investissements dans ce domaine. Le Département attachait une grande importance à l'amélioration des mesures d'efficacité et aux mesures financières¹⁵.

¹⁰ Voir les art. 35 et 71 du projet, FF 2013 6988, 7002.

¹¹ FF 2013 6897.

¹² *Ibid.* 6910.

¹³ Explications du Conseil fédéral en vue de la votation populaire du 21 mai 2017, p. 5 ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 14 ss.

¹⁵ Rapport du DETEC de février 2017, p. 7 ss.

Sans être négligeable, la différence entre les lois de 1998 et de 2016 ne doit cependant pas être surestimée. Dans l'un et l'autre textes, le principal souci est un approvisionnement énergétique suffisant, dont le recours aux énergies renouvelables indigènes est un principe directeur. Dans le domaine particulier de la géothermie, la nouvelle loi est un peu plus précise et contraignante que l'ancienne (art. 12, 19, 69).

B. La jurisprudence récente

1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018

Des entreprises productrices d'électricité avaient créé une société qui avait l'intention de réaliser et d'exploiter un projet de géothermie profonde dans le canton du Jura. Ce projet, après avoir suscité des oppositions dont il sera question plus loin, provoqua le dépôt d'une initiative populaire « Contre la géothermie profonde dans le Jura » qui fut déposée le 21 avril, munie d'un nombre suffisant de signatures valables. Conçu en termes généraux, le texte demandait l'introduction dans la Constitution cantonale d'une disposition qui interdirait sur tout le territoire du canton « l'exploitation de la géothermie moyenne/grande profondeur ». Suivant la Constitution jurassienne, une demande populaire doit être « conforme au droit supérieur ». Sur la proposition du Gouvernement, le Parlement considéra cette condition comme remplie et valida l'initiative. Celle-ci fut cependant annulée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juin 2018. Cette dernière substitua un examen juridique à l'appréciation politique du Gouvernement et du Parlement. Elle éleva néanmoins le niveau des exigences de validité en considérant que l'initiative populaire pouvait être annulée seulement si elle était manifestement contraire au droit fédéral, selon l'adage *in dubio pro populo*¹⁶. En l'occurrence, quoique le pouvoir d'examen soit en principe libre, il s'exerce néanmoins sous un angle restrictif. Lorsque la demande peut, d'après les règles générales d'interprétation des textes, être comprise dans un sens qui la rend valide, elle doit être déclarée recevable et soumise au vote populaire. Cependant, dans le cas d'espèce, il était difficile de lire l'initiative autrement que par la méthode littérale, c'est-à-dire dans le sens d'une interdiction absolue de l'exploration et de l'exploitation de la géothermie sur tout le territoire cantonal, sans exception. Quoique présentée en termes généraux, elle ne laissait en réalité aucune marge de manœuvre au législateur pour créer la base légale nécessaire. Elle était formulée de façon précise et sa densité normative privait les autorités d'application de toute liberté d'appréciation¹⁷.

Les cantons, rappelle la Cour, ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral et, dans les autres domaines, peuvent édicter

¹⁶ Arrêt du TF 1C_578/2010 du 20 décembre 2011.

¹⁷ Arrêt du TF 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 2.2 et 2.4 et les citations.

des normes seulement si elles ne violent pas le sens ni l'esprit du droit fédéral et n'en compromettent pas la réalisation¹⁸. De plus, les cantons doivent s'abstenir d'édicter des règles qui éludent le droit fédéral, en contredisent le sens ou l'esprit¹⁹.

Or, l'article 89 Cst., la loi sur l'énergie de 2016 et l'ordonnance de 2017 définissent une politique énergétique déterminée qui tend notamment à favoriser les énergies renouvelables indigènes. Il est vrai que, dans ce domaine, les cantons ne sont pas privés de toute compétence. Lorsque celle-ci est partagée entre eux et l'État central, il faut délimiter le champ d'application de chacun des ordres juridiques et peser les intérêts qui sont défendus par les uns et les autres. Mais l'essentiel est que la Confédération et les cantons « ne sortent pas du cadre de leur tâches respectives et ne s'en réclament pas délibérément comme d'un prétexte pour entraver l'accomplissement d'autres tâches »²⁰.

Ici, reconnaît la Cour, la répartition constitutionnelle des compétences est décrite comme particulièrement complexe²¹. Néanmoins, l'article 89 Cst. renferme une norme programmatique, une ligne directrice pour l'activité de toutes les collectivités publiques qui doit être respectée par chacune d'elles : « Il suit de là qu'une mesure qui contredirait le but visé à l'alinéa 1 léserait le droit fédéral de niveau constitutionnel. »²² Quant à la loi du 30 décembre 2016, elle exprime clairement la volonté de promouvoir les énergies renouvelables, notamment la géothermie, et contraint les cantons à prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction d'installations destinées à l'utilisation d'énergie renouvelable (art. 14 al. 1). Le deuxième alinéa de l'article 89 confère à l'État central une compétence législative concurrente obligatoire tout en laissant aux cantons la faculté d'adopter une législation complémentaire et des règles d'exécution. Celles-ci doivent néanmoins éviter d'entraver la diversification des sources d'énergie et l'utilisation de celles qui sont à la fois indigènes et renouvelables. La loi oblige en outre la Confédération et les cantons à coordonner leur politique, les seconds devant adapter leur plan directeur et leur plan d'affectation (art. 10). Autrement dit, l'article 8*b* LAT et l'article 10 LEne impliquent un développement contraignant pour les plans directeurs cantonaux, lesquels ne sauraient contrarier les objectifs de développement visés par la Confédération²³.

Une interdiction générale et absolue de la géothermie sur tout le territoire d'un canton ne se concilie pas avec les diverses exigences du droit fédéral ni avec les buts qu'il vise.

¹⁸ ATF 143 I 403 ; 141 I 29 ; 138 I 131.

¹⁹ ATF 140 I 277.

²⁰ *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874* (supra note 3), ad art. 2 des dispositions transitoires N 28 et SALADIN.

²¹ Arrêt du TF 1C_36/2011 du 8 février 2012 cons. 3.2. et les références.

²² Arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018 cons. 6.4.2., p. 16.

²³ FF 2013 p. 6879-80.

Certes, la Confédération n'impose pas directement à un canton donné d'autoriser une installation particulière. Toutefois, une mesure générale et abstraite de prohibition contredirait les desseins du droit fédéral en rendant impossible ce type d'énergie. Une telle règle violerait manifestement plusieurs dispositions fédérales, notamment les articles 10 et suivants, 14, 19 et 69 LEne.

Il est vrai que le canton peut se prévaloir de son droit de maîtrise et de disposition du sous-sol. Mais il ne saurait se voir reconnaître la possibilité de renoncer d'emblée à l'exploitation d'une source d'énergie qui se trouve dans le sous-sol sans éluder les objectifs visés par le droit fédéral²⁴. C'est dire que les cantons sont tenus d'examiner chaque projet d'installation d'une énergie renouvelable et de peser les intérêts en présence. Ils doivent coordonner leur politique avec elle de l'État central, de sorte qu'une interdiction absolue « heurte de plein fouet le devoir de planification du développement des énergies renouvelables indigènes recherchées par le droit fédéral »²⁵. En définitive, quand même la loi cantonale peut subsister dans le même domaine que le droit fédéral si elle poursuit un autre but que lui, elle ne peut pas aller directement à fins contraires, en l'occurrence empêcher l'utilisation d'une énergie renouvelable indigène que la Confédération considère comme utile, nécessaire, digne d'être encouragée, cautionnée, subventionnée. Par conséquent, l'initiative populaire examinée contredisait manifestement les dispositions constitutionnelles et légales adoptées par la Confédération et devait être annulée.

En conclusion, la maîtrise du canton sur le sous-sol de son territoire, dans la mesure où elle peut être reconnue, ne se confond pas en principe avec un droit régalien ni avec un monopole au sens strict, à moins que ne soit éventuellement édictée une loi qui permettrait au canton d'exclure toute activité exercée par des tiers. Par ailleurs, l'article 14 LEne qui oblige les cantons à instituer des procédures rapides d'autorisation pourrait rendre une telle exclusion contraire au droit fédéral.

2. L'arrêt de la Cour administrative du Jura du 13 décembre 2016

Le projet pilote évoqué plus haut suscita de nombreuses oppositions, en particulier de voisins, qui formèrent des recours auprès de la Cour administrative de la République et Canton du Jura. Son jugement, du 13 décembre 2016, fut ensuite attaqué devant le Tribunal fédéral, dont l'arrêt du 21 novembre 2018 sera analysé plus loin.

Le projet pilote de géothermie destiné à utiliser la chaleur des roches entre 4000 et 5000 mètres de profondeur était au bénéfice d'une autorisation qui reposait sur une fiche du plan directeur cantonal approuvé par le Gouvernement en 2012 et par le Conseil

²⁴ Arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018 cons. 7.1, p. 20.

²⁵ *Ibid.* cons. 7.2., p. 21.

fédéral en décembre 2014. Ce plan fixe l'emplacement des projets dans des secteurs délimités, moyennant une procédure d'adoption de plan spécial et de permis. Celui-ci fut adopté en juin 2015 avec les documents et autorisations nécessaires, y compris les modifications du plan de zone de la localité. Dans son arrêt du 13 décembre 2016, la Cour administrative du Tribunal cantonal jurassien admit partiellement le recours en ce sens que le Gouvernement n'avait pas la compétence de délivrer lui-même un permis de construire, ce dernier n'étant cependant pas nécessaire en l'espèce. Pour le reste et sur le fond, la Cour approuvait le projet pilote et rejetait, à la suite d'une analyse détaillée, les arguments invoqués par les opposants.

Ces derniers faisaient d'abord valoir que le projet ne bénéficiait pas de la concession indispensable à l'exploitation des ressources du sous-sol. Il est vrai que, dans la mesure où le sous-sol profond n'est pas compris dans la propriété privée, il fait l'objet d'une maîtrise de fait qui confère au canton un monopole. Il est donc indiscutable que les cantons peuvent légiférer en matière de géothermie profonde. Mais tel n'est pas le cas du Jura. Sa loi sur les mines ne s'applique pas en l'espèce, dès lors qu'elle vise les ressources minérales, les gisements d'hydrocarbures, mais non pas l'utilisation de la chaleur du sous-sol profond. La loi sur la gestion des eaux n'est pas non plus topique, puisque le projet utilise la chaleur du sous-sol et non pas l'eau. En conséquence, la géothermie ne fait pas l'objet d'une régle cantonale et la base légale qui impliquerait l'octroi d'une concession fait défaut, alors qu'elle existe dans quelques autres cantons.

En comparaison, le Tribunal fédéral a jugé qu'il appartient au droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne. Il suit de là que l'exigence d'une simple autorisation est suffisante²⁶. Au surplus, le permis accordé en l'espèce prévoit la conclusion d'une convention de collaboration sur la planification, la réalisation et l'exploitation de l'installation pilote de géothermie. En l'occurrence, l'absence d'appel d'offres préalable ne violait pas l'article 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur²⁷, car ici ce n'est pas l'État qui exploiterait lui-même un monopole, mais bien une entreprise privée qui réalise un projet de sa propre initiative²⁸.

En seconde ligne, les recourants invoquaient à tort un défaut de coordination entre la planification et l'autorisation. S'agissant de ce point, qui relevait essentiellement des données de fait, la Cour admit qu'en l'espèce toutes les dispositions en matière de protection de l'environnement avaient été examinées avant l'adoption du plan spécial, qui était l'étape décisive pour le permis de projet pilote litigieux. Il est vrai que l'obligation de coordonner les procédures implique celle de tenir compte de tous les éléments essentiels, notamment du plan partiel d'affectation ou du plan de quartier, en plus des mesures

²⁶ ATF 132 II 408.

²⁷ RS 943.02.

²⁸ Arrêt du TF 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 4, p. 7-11.

protégeant l'environnement. Or en l'espèce, les autorités compétentes avaient étudié et approuvé les éléments du projet. Tout au plus pouvait-on reprocher au Gouvernement d'avoir accordé lui-même le permis de construire, bien que celui-ci relève de la compétence du Conseil communal selon le droit jurassien. Cependant, les dispositions matérielles du permis pouvaient être simplement intégrées au plan spécial cantonal du 2 juin 2015, adoptées à bon droit par le Gouvernement, de sorte qu'un permis de construire supplémentaire n'était pas nécessaire. L'incorporation du contenu matériel du permis dans le plan spécial correspond en effet au but poursuivi par les autorités et n'est pas contraire au droit, le Tribunal fédéral admettant qu'un plan d'affectation spécial détaillé peut comprendre les éléments d'une autorisation préalable de construire²⁹. Cette manière de faire se justifiait d'autant plus en l'occurrence que le législateur cantonal des années 1990 voulait tenir compte de l'évolution de la législation sur l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement³⁰.

Suivant les recourants, la réglementation sur la prévention des accidents majeurs était insuffisante, notamment au regard de l'article 10 al. 1 LPE. Celui-ci est certes d'application directe et permet d'exiger des mesures de protection. Cependant, s'il impose de maintenir les risques à un degré acceptable, il n'exige pas nécessairement une protection absolue. Il n'est pas orienté vers les moyens, mais plutôt vers le but et suppose seulement un niveau de prévention suffisant. En l'espèce, ce sont les fluides qui peuvent créer des dangers mais ces derniers peuvent être considérés comme tolérables, aux dires des experts. Quant aux risques sismiques, ils ont fait l'objet d'analyses approfondies dans une synthèse du 15 avril 2014, le site désigné par le plan directeur cantonal fut choisi avec soin, de nouvelles techniques de stimulation hydrauliques ont été testées et un système de surveillance sera mis en place. Quant aux événements qui ont eu lieu ailleurs, notamment à Bâle, ils étaient dus à des facteurs différents, notamment quant à l'emplacement désigné et à la technique utilisée³¹.

Les recourants prétendent encore que les normes relatives au bruit n'ont pas été respectées. À cet égard, il faut distinguer les phases de forage et de stimulation d'une part, l'exploitation proprement dite d'autre part, les normes applicables n'étant pas identiques. Si les limites de bruit peuvent être dépassées pendant les premières étapes, tel n'est pas le cas pendant la phase d'exploitation, pour laquelle des conditions strictes sont posées par l'Office de l'environnement. En conséquence, les règles sont respectées et les mesures de prévention nécessaires sont prises, de sorte que les immissions dénoncées paraissent acceptables. Parmi les risques évoqués par les recourants figurent les échappées

²⁹ ATF 116 Ib 159.

³⁰ Arrêt du TF 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 5, p.11-8.

³¹ *Ibid.* cons. 6, p. 19-27.

radioactives ou toxiques et de contamination de l'eau potable. Il ressort toutefois du dossier que les dangers ont été écartés³².

Les recourants invoquent aussi une atteinte aux eaux souterraines et notamment à une pollution accrue. Les études qui figurent au dossier montrent cependant que des mesures pour éviter la corrosion ou la pollution sont prévues, conformément à l'article 11 LPE et à la législation sur les eaux³³.

Les opposants reprochent au projet une perte disproportionnée des surfaces d'assolement. En réalité, les seules parcelles qui ne peuvent pas être compensées par le retour d'une surface équivalente ont une superficie de 4'056 mètres carrés, c'est-à-dire une perte relativement légère par rapport à l'intérêt public majeur à la réalisation du projet à l'endroit projeté³⁴.

Enfin, les recourants critiquent l'absence de concertation et de consultation des populations en cause lors de l'élaboration du projet. En fait, plusieurs séances d'information publique furent organisées et un groupe d'accompagnement qui comprend des représentants des autorités et des associations de défense de l'environnement et du patrimoine a été créé³⁵.

3. L'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2018

Saisi d'un recours contre le jugement analysé plus haut, le Tribunal fédéral fut appelé à se prononcer sur des questions juridiques partiellement différentes, les opposants ayant quelque peu modifié leur argumentation.

En premier lieu, ils citaient la garantie de la propriété suivant l'article 26 Cst. et prétendaient que la loi cantonale devrait réglementer l'exploitation des biens du domaine public, dont ferait partie l'utilisation du sous-sol. Cependant, aux yeux du juge, la protection de la propriété privée n'implique pas la présence d'une base légale spécifique pour permettre l'exploitation des sols profonds, et, on ne voit pas en quoi « le projet litigieux porterait atteinte à leur droit de propriété, dès lors que les parcelles concernées sont la propriété de l'exploitant et que le projet n'implique d'ailleurs aucune mesure d'expropriation formelle »³⁶.

Suivant les opposants, le recours à la géothermie profonde impliquerait un usage privatif du sous-sol et, par conséquent, l'octroi d'une concession, comme le prévoient les lois de

³² *Ibid.* cons. 6, p. 30-1.

³³ *Ibid.* cons. 7, p. 31-5.

³⁴ *Ibid.* cons. 8, p. 35-8.

³⁵ *Ibid.* cons. 9, p. 39-40.

³⁶ Arrêt du TF 1C_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 2, p. 4-5.

plusieurs cantons. Toutefois, aucune disposition de droit cantonal ou fédéral, constitutionnelle ou légale, n'oblige le Jura à procéder par la voie de la concession. Cette procédure est certes prévue pour l'exploitation des matières premières minérales et des mines, mais non pour l'utilisation de la chaleur du sous-sol. Il est vrai que le plan directeur cantonal prévoit une procédure du plan spécial cantonal, le service compétent étant chargé de mener « les études sur la mise en place d'une procédure de concession ». Celle-ci pourrait paraître opportune, en raison des difficultés que suscite la question, mais les cantons restent libres de choisir les conditions d'autorisation d'une installation de géothermie profonde et un régime d'autorisation n'est pas exclu³⁷.

Selon les recourants, cette autorisation aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres conformément à la loi fédérale sur le marché intérieur. Cependant, le simple fait qu'une collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette dernière aux règles des marchés publics, car l'autorité se contente ici de réglementer et contrôler l'activité privée. Il en va de même d'ailleurs lorsque l'État octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public, sauf si la concession est indissociablement liée à des contre-prestations importantes³⁸. En l'occurrence, l'État s'est contenté d'autoriser l'intimée, personne morale privée, à exercer une activité déterminée à sa demande, en vue de la réalisation d'un projet ponctuel à un endroit déterminé³⁹.

Suivant les recourants, l'arrêt de la Cour cantonale qui incorpore le contenu du permis de construire dans le plan spécial d'affectation viole l'article 30 Cst., car il prive les justiciables du recours administratif de première instance prévu en matière de permis de construire. En réalité, contrairement à ce que prétendent les recourants, la LCAT permettait à la Cour cantonale d'intégrer à la planification spéciale tous les éléments qui figureraient dans l'autorisation de construire et avaient fait l'objet d'une unique mise à l'enquête. Les recourants ne démontrent d'ailleurs pas sur quelle base ils auraient nécessairement droit à deux instances cantonales de recours. Ils ont utilisé une procédure dans laquelle la Cour administrative dispose d'un plein pouvoir d'examen. En conséquence, la manière de faire à laquelle s'est arrêtée la Cour cantonale n'est pas arbitraire au regard de la loi⁴⁰.

Les recourants critiquent l'arrêt qui ne tient pas compte de la dépréciation de leurs immeubles. Cependant, les articles 10, alinéa 1, et 11 LPE n'impliquent aucune indemnisation immédiate des pertes de valeur immobilière au stade de la planification ou d'une autorisation de construire. Cette question n'avait donc pas à être examinée dans le cadre

³⁷ *Ibid.* cons. 3, p. 5-6.

³⁸ ATF 135 II 49 ; 144 II 184.

³⁹ *Ibid.* cons. 4, p. 6.

⁴⁰ *Ibid.* cons. 5, p. 6-7.

de l'adoption du plan spécial dans lequel le permis est incorporé. Au surplus, les recourants n'établissent pas les pertes de valeur subies par leurs immeubles⁴¹.

Les recourants se plaignent du déclassement de surfaces d'assolement qui font partie du territoire propre à l'agriculture. Cependant, le canton dispose d'un excédent de 80 hectares au regard de la surface minimale fixée par l'autorité fédérale. Il est vrai que, quand même la surface litigieuse est faible, il convient d'opérer une pesée d'intérêts complète et objective. En l'occurrence, le projet de géothermie profonde garantit une source d'énergie indigène, propre, presque illimitée et de nature à fournir de l'électricité en continu indépendamment des conditions météorologiques, avec un faible impact sur le paysage. Il répond donc à un intérêt public important de sorte que les projets pilotes de ce genre doivent être encouragés. L'emplacement choisi a fait l'objet d'une analyse complète, la surface nécessaire était estimée à seulement deux hectares et la surface d'assolement perdue était seulement d'environ quatre hectares⁴².

Enfin, il faut admettre que les risques induits par la géothermie ont été évalués de façon approfondie par les autorités fédérales et cantonales compétentes, sur la base de rapports techniques et scientifiques. L'argument suivant lequel une activité géothermique a provoqué un séisme en Corée du Sud, qui devra faire l'objet d'un rapport du Gouvernement cantonal, n'apporte aucun éclairage nouveau sur les moyens de droit développés par les recourants⁴³.

4. La synthèse

Les arrêts étudiés apportent des réponses de diverses sortes, tantôt touchant les rapports entre le droit fédéral et le droit cantonal, tantôt regardant les conditions à remplir pour autoriser une installation de géothermie profonde.

D'abord, il est maintenant établi que les cantons ne sauraient prohiber totalement sur leur territoire les exploitations en question. Certes, ils ne sont pas privés de toute compétence lorsqu'il s'agit de mener une politique énergétique et notamment d'explorer et d'exploiter des énergies renouvelables. Le droit fédéral n'étant pas exhaustif dans ce domaine, les cantons conservent des attributions, « ils peuvent édicter des règles de droit, pour autant qu'ils ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation »⁴⁴. Cependant, ils sont tenus de collaborer avec la Confédération et de contribuer à l'exécution du droit fédéral. Cette obligation résulte déjà de l'ancien principe dit de la « fidélité confédérale », aujourd'hui formulé un peu différem-

⁴¹ *Ibid.* cons. 6, p. 7-8.

⁴² *Ibid.* cons. 7, p. 8-9.

⁴³ *Ibid.* cons. 8, p. 9-10.

⁴⁴ Arrêt du TF 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 2.1.

ment par la Constitution, à l'article 44. En matière de géothermie, il apparaît que l'interdiction totale comme la demandait l'initiative populaire dans le Jura contrevient au sens et à l'esprit de la loi fédérale et rend même sa réalisation impossible. Une prohibition pareille serait en contradiction évidente avec les articles 14, 19 et 69 de la loi fédérale de 2016. En particulier, l'article 14, alinéa 1, oblige les cantons à prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction d'installations d'énergie renouvelable, ce qui suppose l'existence de telles procédures et non leur interdiction.

Certes, la loi cantonale « peut subsister dans le même domaine en particulier si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral »⁴⁵. Mais il serait difficile de dire que l'initiative en question recherche un autre objectif que le droit fédéral, puisqu'en réalité elle va directement à fins contraires. Il ne s'agit pas ici d'examiner si le canton pourrait adopter des dispositions complémentives, pour résoudre des problèmes que la législation fédérale ne tranche pas complètement. Bien plutôt, une interdiction de la géothermie ne ferait rien d'autre que heurter d'une manière frontale l'exécution du droit fédéral. C'est dire que ce cas n'a pas d'analogie avec d'autres situations tranchées par le Tribunal fédéral, notamment dans le secteur des tarifs des transports publics⁴⁶.

D'autre part, les arrêts précités comportent un large panorama des conditions auxquelles est subordonnée l'autorisation d'installer un projet de géothermie profonde. Celui-ci n'est pas formellement subordonné à l'existence d'une base légale topique. Une pareille carence ne fait pas obstacle à une simple autorisation, dès lors que celle-ci prévoit la conclusion d'une convention de collaboration. Ce n'est d'ailleurs pas l'État qui exploiterait le sol et le sous-sol, mais bien une entreprise privée. D'un point de vue matériel, les opposants au projet critiquaient une longue série de manquements, au regard des diverses dispositions topiques. Il s'agissait en premier lieu de la protection de l'environnement, qui implique des mesures et des contrôles. Il faut signaler également la prévention des accidents, soit pour les personnes, soit pour les eaux, soit encore les risques sismiques. Les normes relatives à la limitation du bruit doivent également être respectées. Les atteintes éventuelles aux eaux souterraines et le danger de pollution doivent être évités. Mais les lois cantonales peuvent être très différentes, et la jurisprudence ne touche jusqu'ici qu'un cas particulier. C'est dire que les questions qui restent à trancher demeurent nombreuses.

⁴⁵ ATF 140 I 221.

⁴⁶ ATF 143 I 109, 114 ss.

II. Les questions laissées ouvertes

Avant tout, il faut souligner que la jurisprudence précitée concerne un canton qui n'avait pas réglementé la géothermie profonde. Dans près de la moitié des autres cantons, une législation plus ou moins précise a été édictée. Elle n'a cependant pas fait l'objet de contestations devant la justice, pour l'instant. Son interprétation demeure donc incertaine, en particulier s'agissant du niveau de protection contre les divers dangers que fait naître une installation géothermique.

Le sujet le plus important que les jugements rendus jusqu'ici n'abordent pas, ou seulement d'une manière très vague, porte sur la délimitation entre le sous-sol qui peut être utilisé par le propriétaire et fait donc l'objet d'un droit privé d'une part, et celui qui doit être attribué au domaine public et relève donc de la souveraineté cantonale, d'autre part. À cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que, selon l'article 667, alinéa 1, du Code civil, « la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice ». Il ajoute : « C'est le critère d'utilité (entendue objectivement) qui détermine l'étendue verticale de la propriété. »⁴⁷ Au-delà, les prérogatives liées à la propriété privée disparaissent, et l'État conserve la disposition des sous-sols et sa réglementation⁴⁸.

A défaut d'autre précision, il faut considérer que le contenu des règles applicables à la géothermie profonde reste incertain. La question est d'ailleurs controversée⁴⁹. Il est possible de soutenir que « l'article 667, alinéa 1, CC ne permet l'extension verticale de la propriété privée qu'à concurrence d'une cinquantaine de mètres de la surface du sol, de sorte que toutes les techniques, même individuelles, d'exploitation de la géothermie débordent la stricte étendue verticale de la propriété privée de la surface »⁵⁰.

Toutefois, la solution dépend de la définition qu'il convient de donner à l'adjectif « utile » mentionné par l'article 667, alinéa 1, CC. Le critère d'utilité est objectif, comme le relève le Tribunal fédéral, et s'applique en fonction de l'évolution de la technique, de sorte qu'il est aussi défendable de considérer que, dans les circonstances actuelles, la propriété privée s'étend à la profondeur que permet la technologie géothermique. Au surplus, il n'est pas exact de prétendre que le propriétaire privé exploite le sous-sol à proprement parler ou les eaux qui s'y trouvent, car la géothermie utilise seulement la chaleur qui émane des régions souterraines. Le sous-sol n'en est donc en aucune manière appauvri, et on ne voit pas, dans des conditions normales, quel ouvrage souterrain de la

⁴⁷ Arrêt du TF 1C_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 2.1.

⁴⁸ Voir ATF 119 Ia 390.

⁴⁹ Voir POLTIER/PIOTET (*supra* note 1), p. 460 ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 462.

collectivité publique en serait affecté. Une interprétation téléologique et contemporaine de l'article 667 al. 1 CC et de l'article 704 al. 3 CC autoriserait donc une notion extensive de la propriété du sous-sol, ou du moins de son utilisation en vue de la géothermie. Le problème se pose évidemment d'une manière différente quand le propriétaire privé entend utiliser le sous-sol pour des installations fixes.

Dans quelle mesure l'activité et les installations géothermiques pourraient-elles faire partie d'un monopole cantonal ? Dans quelques cantons, il semble que le constituant ou le législateur ont cherché à élargir la régle historique des mines à toutes les ressources du sous-sol profond, y compris géothermiques⁵¹. Cette solution se heurte cependant à l'objection que, par définition, une nouvelle régle historique, inconnue avant 1874, ne peut pas être créée. Elle pourrait donc ne pas se conformer à l'article 94 al. 4 de la Constitution.

Il est incontestable, comme le reconnaît le Tribunal fédéral, que la géothermie profonde peut être soumise à un régime de concessions. Ce qui reste pourtant ouvert, c'est la définition des conditions auxquelles ce régime peut être subordonné. Cette question dépend en grande partie de la manière dont se conçoit dans ce domaine la compétence étatique. Si celle-ci est analysée comme une prérogative souveraine, dont l'État concède l'usage privatif, il en découle une série de conséquences, notamment la nécessité de faire des appels d'offres conformément à la loi fédérale sur le marché intérieur. Le Tribunal fédéral a exclu l'application de l'article 2 al. 7 LMI dans le cas où la géothermie fait l'objet d'une simple autorisation : « Le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. »⁵² Dans d'autres affaires, le Tribunal fédéral avait aussi laissé la question ouverte⁵³.

Conclusion

Source d'énergie propre, indigène, renouvelable, durable et presque illimitée, la géothermie semble être plus prometteuse que les techniques de production éolienne ou solaire. Mais elle soulève des questions juridiques nouvelles et difficiles. Pour l'instant, les législateurs cantonaux jouent un rôle primordial. Mais les projets concrets continueront sans doute à occuper les tribunaux, tant ils suscitent de craintes et d'oppositions. La Confédération s'est jusqu'ici contentée de poser des règles d'ordre général et de fixer des objectifs. Elle devra peut-être aller plus loin, si notre pays renonce à exploiter des cen-

⁵¹ *Ibid.*, p. 462-3.

⁵² Arrêt du TF 1C_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 4.1.

⁵³ POLTIER/PIOTET (*supra* note 1), p. 478 et les citations.

trales nucléaires et à construire des barrages. Quant aux jugements déjà rendus, ils sont encore trop peu nombreux pour qu'il soit permis d'en tirer des conclusions sûres.

PETER HÄNNI*

Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung

Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung

Inhalt	Seite
Einleitung	887
I. Die normativen Grundlagen	888
A. Verfassungsrecht	888
B. Gesetzesrecht	889
1. Das Energiegesetz	889
2. Das Raumplanungsgesetz	890
II. Die Rechtsprechung	891
A. Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen	891
B. Voraussetzungen zur Errichtung von Windenergieanlagen	898
1. Der Fall Windpark Crêt-Meuron	898
a) Sachverhalt	898
b) Die Erwägungen des Bundesgerichts	899
2. Der Fall Windparkzone Schwyberg	900
a) Sachverhalt	900
b) Die Erwägungen des Bundesgerichts	901
Schlussbemerkungen	903
Literaturverzeichnis	903

Einleitung

In der Schweiz wurden im Jahre 2017 insgesamt 60 700 Gigawattstunden (GWh) Strom produziert. Davon entfielen 35 878 GWh auf die Wasserkraft, 19 499 GWh auf die Atomkraft, 3654 GWh auf die sog. (neuen) erneuerbaren Energien (Sonne, Wind

* Em. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg i.Ue. Ich danke Frau BLaw Géraldine Cattilaz für die Unterstützung bei der formellen Bearbeitung dieses Beitrages.

Geothermie, Biogas usw.) und 1669 GWh auf andere Stromquellen.¹ Angesichts des geplanten Ausstiegs aus der Atomkraft fallen demnach mittelfristig 19 499 GWh weg und müssen ersetzt werden. Diese so entstehende sog. Stromlücke will der Bund gemäss den Richtwerten der Energiestrategie bis ins Jahr 2035 mit einer Erhöhung der Wasserkraft um 1522 GWh sowie der Erhöhung des Anteils der neuen erneuerbaren Energien um 7746 GWh auf 11 400 GWh kompensieren. Die verbleibende, durch den Wegfall des Atomstroms verursachte Lücke würde alsdann noch immer 10 231 GWh betragen und soll durch Sparmassnahmen, Stromimport und Wärmekraftkoppelungsanlagen gedeckt werden.² Den Löwenanteil der Kompensation durch andere Energien tragen somit die (neuen) erneuerbaren Energien. Selbst ohne besondere energietechnische Kenntnisse ist ohne weiteres erkennbar, dass diese Kompensationsplanung als ehrgeizig zu bezeichnen ist und für die Behörden sowie die Wirtschaft eine grosse Herausforderung darstellt.

Anlagen zur Erzeugung und zum Transport von Energie stehen naturgemäss in einem Spannungsverhältnis zu den Anliegen der Raumplanung, des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes. Dies gilt auch für Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien. Die angestrebte Verlagerung weg von der Atomenergie und hin zu den (neuen) erneuerbaren Energien hat ihren Niederschlag auch auf der Ebene der Gesetzgebung gefunden und hat gewisse Spuren auch schon in der Rechtsprechung hinterlassen. Im nachstehenden Beitrag sollen einige dieser Neuerungen analysiert und kritisch diskutiert werden.

I. Die normativen Grundlagen

A. Verfassungsrecht

Gemäss Art. 89 BV Abs. 1 setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch. Diese Zielbestimmung richtet sich an die Behörden von Bund, Kantonen und auch an diejenigen der Gemeinden.³ Nach Abs. 2 von Art. 89 BV legt der Bund Grundsätze fest über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den

¹ Siehe für eine detaillierte Auflistung der Zahlen der letzten Jahre: BFS, Statistik zur Elektrizitätserzeugung in der Schweiz, zugänglich unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/energie.assetdetail.5827868.html>>, besucht am 12.03.2019.

² Tagesanzeiger vom 2.3.2019, S. 4.

³ KERN, BK zu Art. 89 BV, N 3; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 89 BV, N 6.

sparsamen und rationellen Energieverbrauch. Damit wird dem Bund in diesem Sachbereich eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz eingeräumt, ohne dass indessen die kantonalen Kompetenzen damit gegenstandslos würden.⁴ Allerdings wirft diese letztere Bestimmung schwierige Abgrenzungsfragen auf bezüglich der Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone.⁵ Präzisiert wird sodann in Art. 89 Abs. 3 BV u.a., dass der Bund die Entwicklung von Energietechniken fördert, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien.

B. Gesetzesrecht

1. Das Energiegesetz

Das neue Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG), erlassen im Kontext der sog. Energiestrategie 2050, konkretisiert Art. 89 BV.⁶ Es wiederholt zunächst dessen Zielsetzungen und Prinzipien in Art. 1 Abs. 1, um in Abs. 2 lit. c. einen der verschiedenen Zwecke des Erlasses hervorzuheben, nämlich den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energien, gründet. Die Energieversorgung umfasst Gewinnung, Umwandlung, Lagerung und Speicherung, Bereitstellung, Transport, Übertragung sowie Verteilung von Energieträgern und Energie bis zur Endverbraucherin und zum Endverbraucher, einschliesslich der Ein-, Aus- und Durchfuhr, und ist Sache der Energiewirtschaft (Art. 6 EnG). Gemäss den in Art. 7 EnG enthaltenen Leitlinien umfasst eine sichere Energieversorgung die jederzeitige Verfügbarkeit von ausreichend Energie, ein breit gefächertes Angebot sowie technisch sichere und leistungsfähige Versorgungs- und Speichersysteme.⁷

Das neue EnG macht den Zusammenhang zwischen Energiegewinnung und Raumplanung im 2. Abschnitt (Raumplanung und Ausbau erneuerbarer Energien, Art. 10 - 14 EnG) in Art. 10 deutlich. Das Gesetz verpflichtet zunächst die Kantone, dafür zu sorgen, dass insbesondere die für die Nutzung der Wasser- und Windkraft geeigneten Gebiete und Gewässerstrecken im Richtplan festgelegt werden (Art. 10 Abs. 1 Satz 1

⁴ Vgl. dazu KERN, BK zu Art. 89 BV, N 3.

⁵ BGer 1C_36/2011 vom 8.2.2013, E. 3.2 m.w.H; vgl. auch SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 89 BV, N 5.

⁶ Vgl. KERN, BK zu Art. 89 BV, N 16 f.; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 89 BV, N 21.

⁷ Was den Begriff der erneuerbaren Energie angeht, wird er weder im EnG noch in der EnV definiert. Es erscheint indessen ohne weiteres zulässig, die Definition der früheren EnV heranzuziehen, wonach unter *erneuerbaren Energien* Wasserkraft, Sonnenenergie, Geothermie, Umgebungswärme, Windenergie, Energie aus Biomasse und aus Abfällen aus Biomasse zu verstehen sind (vgl. Art. 1 lit. f aEnV vom 7. Dezember 1998, vgl. dazu auch BGE 132 II 408 E. 4.5.1).

EnG). Die Kantone schliessen bereits genutzte Standorte mit ein und können auch Gebiete und Gewässerstrecken bezeichnen, die grundsätzlich freizuhalten sind (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EnG). Wenn nötig sorgen sie dafür, dass Nutzungspläne erstellt oder bestehende Nutzungspläne angepasst werden (Art. 10 Abs. 2). Von besonderer Bedeutung ist auch Art. 11 EnG, der festlegt, dass die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau von nationalem Interesse sind. Diese Bestimmung hat vor allem im Hinblick auf Konfliktsituationen im Verhältnis zum Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) Eingang ins Gesetz gefunden, weil es dadurch möglich wird, allenfalls von der in Art. 6 Abs. 1 NHG vorgesehenen ungeschmälernten Erhaltung von Objekten von nationaler Bedeutung unter den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 NHG abzuweichen.⁸ Dies kommt in Art. 12 Abs. 2 EnG zum Ausdruck, wo zum Verhältnis zwischen erneuerbaren Energien und Natur- und Heimatschutz explizit gesagt wird, dass einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich auch Speicherkraftwerke sowie Pumpspeicherkraftwerke, ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von einem nationalen Interesse sind, welches insbesondere demjenigen nach Art. 6 Abs. 2 des (NHG) entspricht. Wird diese Grösse und Bedeutung nicht erreicht, kann der Bundesrat einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien oder einem Pumpspeicherkraftwerk ausnahmsweise dennoch ein nationales Interesse zuerkennen, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 13 EnG). Ausserdem bestimmt Art. 14 EnG, dass die Kantone für den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien «rasche Bewilligungsverfahren» vorzusehen haben.⁹

2. Das Raumplanungsgesetz

Im Interesse einer reibungslosen Umsetzung des EnG nahm der Gesetzgeber u.a. auch gewisse Anpassungen und Präzisierungen des RPG vor.¹⁰ So wurde Art. 6 Abs. 2. RPG

⁸ Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7628; Für eine detailliertere Auseinandersetzung mit der Problematik, siehe: FÖHSE, S. 581 ff.

⁹ Für die weiteren Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung vgl. Art. 14 Abs. 2–4 EnG. Ausserdem wurde mit dem Erlass des EnG auch das BGG geändert, indem der Zugang zum Bundesgericht in Art. 83 lit. w BGG eingeschränkt wird. Danach ist die Beschwerde ans Bundesgericht unzulässig gegen «Entscheide auf dem Gebiet des Elektrizitätsrechts betreffend die Plangenehmigung von Starkstromanlagen und Schwachstromanlagen und die Entscheide auf diesem Gebiet betreffend Enteignung der für den Bau oder Betrieb solcher Anlagen notwendigen Rechte, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.»

¹⁰ Vgl. u.a. Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, NB S. 7603 f. und 7708.

dahingehend ergänzt, dass die Kantone für die Erstellung ihrer Richtpläne verpflichtet sind, bei der Erarbeitung der Grundlagen festzustellen, welche Gebiete sich für die Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien eignen (Art. 6 Abs. 2 lit. b^{bis} RPG). Ausserdem wurden weitere Änderungen eingefügt. So geben die Grundlagen neu auch Aufschluss über den Stand und die bisherige Entwicklung der Versorgung, insbesondere mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien, sowie über den Stand und die bisherige Entwicklung der öffentlichen Bauten und Anlagen (Art. 6 Abs. 3 lit. b–b^{ter} RPG). Schliesslich verdeutlicht die Hinzufügung von Art. 8b RPG für den Richtplaninhalt, dass dieser die für die Nutzung erneuerbarer Energien geeigneten Gebiete und Gewässerstrecken zu bezeichnen hat.

Schon im Jahre 2007 hatten die eidgenössischen Räte im Rahmen einer Teilrevision des RPG einen neuen Art. 18a ins Gesetz aufgenommen, mit dem der Solarenergie (als spezifische Form der (neuen) erneuerbaren Energien) auf bestehenden Bauten in der Bau- und Landwirtschaftszone eine privilegierte Stellung in verfahrensrechtlicher Hinsicht eingeräumt worden war.¹¹ Ausserdem wurde den Kantonen die Kompetenz zugeteilt, weitere Erleichterungen vorzusehen. Der Begriff der «bewilligungsfreien Solaranlagen» sowie die zu beachtenden Besonderheiten bei Solaranlagen auf Kulturdenkmälern wurden durch den Bundesrat weiter konkretisiert;¹² darauf ist hier jedoch nicht näher einzugehen.

II. Die Rechtsprechung

A. Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen

Mit Blick auf die obenerwähnten normativen Neuerungen im Energie- und Raumplanungsrecht stellt sich die Frage, ob durch diese die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen verschoben worden ist. Der Umstand, dass Art. 89 BV nicht geändert worden ist, spricht zunächst gegen die Annahme einer Verschiebung.

Der Verfassungsgerichtshof des jurassischen Kantonsgerichts kam indessen vor kurzem bei der Prüfung der Gültigkeit einer Volksinitiative, die ein Verbot der Nutzung der Geothermie auf dem ganzen Kantonsgebiet verlangte, zu einem nuancierteren Ergebnis.¹³ Das Gericht war angerufen worden zu dieser Frage Stellung zu nehmen,

¹¹ Vgl. BBl 2006 6107; Für eine Kritik dieser Bestimmung siehe: HETTICH/PENG, S. 1427 ff.

¹² Vgl. dazu Art. 32a und 32b RPV.

¹³ Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018 (die *Revue jurassienne de jurisprudence* 2018 mit der Publikation des Urteils ist noch nicht erschienen; das Urteil ist verfügbar

nachdem das jurassische Parlament die Initiative «Contre la géothermie profonde dans le Jura» in materieller Hinsicht für gültig erklärt hatte. Einleitend bemerkte das Gericht:

«La répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine de la politique énergétique est décrite comme particulièrement complexe par la doctrine et la jurisprudence (TF 1C_36/2011 consid. 3.2 et réf. cit.). L'alinéa 1 de l'article 89 Cst., qui s'adresse aussi bien aux cantons qu'à la Confédération ainsi qu'aux communes, a une fonction programmatique qui assigne à ces collectivités un certain nombre de buts ou d'objectifs qu'elles doivent respecter dans l'exercice de leurs tâches (...). Lors même que l'article 89 Cst., comme auparavant l'article 24^{acties} aCst., n'attribue pas de compétences nouvelles à la Confédération, ni ne modifie la répartition des tâches entre elle et les cantons, la norme programmatique n'en constitue pas moins une ligne directrice destinée à orienter au niveau constitutionnel l'activité des collectivités publiques (...) L'expression «dans les limites de leurs compétences respectives» ne signifie pas seulement que l'alinéa 1 n'entend pas modifier l'ordre de ces compétences, c'est-à-dire la manière dont elles sont partagées; il signifie aussi que chaque collectivité est liée par les objectifs de la norme constitutionnelle dans l'exercice de toutes ses compétences, pas seulement de celles qui se rapportent directement à l'énergie (...). Les objectifs visés à l'alinéa 1 visent avant tout l'organe législatif des collectivités concernées, mais est aussi valable pour les autorités chargées d'appliquer la loi (...). La norme programmatique que constitue l'alinéa 1 doit par conséquent être respectée tant par la Confédération que par les cantons, qui endossent une coresponsabilité dans l'approvisionnement en énergie et dans l'utilisation rationnelle de celle-ci. La Confédération n'en a donc pas la responsabilité exclusive, car les cantons et les communes sont parties prenantes (...). Il suit de là qu'une mesure qui contredirait le but visé à l'alinéa 1 léserait le droit fédéral de niveau constitutionnel. Le droit cantonal qui contredirait l'article 89 al. 1 Cst. devrait ainsi être jugé inconstitutionnel (...).»¹⁴

Sodann führt das Gericht aus, dass die von Art. 89 Abs. 1 BV geforderte «ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche» Energieversorgung bedeute, dass grundsätzlich jede Form der Energie, die geeignet sei, den Energiebedarf durch einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch zu decken, im Interesse einer ausreichenden Energieversorgung zur Verfügung gestellt werden müsse. Diese energiepolitischen Ziele könnten jedoch in Konflikt geraten mit anderen verfassungsmässig festgelegten Zielen (wie z.B. dem Umweltschutz oder Sicherheitsüberlegungen). Weil die Verfassung für die Lösung derartiger Konflikte keine Hierarchie der involvierten

unter; <<https://www.jura.ch/JUST/Instances-judiciaires/Tribunal-cantonal/Jurisprudence-recente.html>>, besucht am 14.03.2019).

¹⁴ Entscheidung des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.4.2.

Interessen kenne, sei es Aufgabe des Gesetzgebers, ein kohärentes System zu entwickeln und dabei den Behörden den bei der Anwendung erforderlichen genügenden Spielraum zu belassen. Was insbesondere die Zielsetzung *einer breit gefächerten Energieversorgung* betreffe, gehe es dabei vor allem um die Verminderung der Auslandsabhängigkeit und um den Aspekt der sicheren Versorgung mit Energie. Die Zielsetzung der Diversifikation bedeute jedoch nicht, dass jede denkbare Form der Energiequellen zur Verfügung gestellt werden müsse. Vielmehr könne der Gesetzgeber gewisse Nutzungen beschränken oder sogar ganz darauf verzichten, wenn diese im Widerspruch zu den übrigen in Art. 89 BV genannten Voraussetzungen stünden oder mit anderen verfassungsmässigen Prinzipien oder einem öffentlichen Interesse nicht vereinbar seien, z.B. aus Gründen der Sicherheit, der Gefahrenabwehr, was etwa bei der Kernenergie zutreffe.¹⁵

Mit Blick auf den in Art. 89 Abs. 2 BV verankerten Gesetzgebungsauftrag des Bundes, Grundsätze über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch festzulegen, hält das Gericht fest, es handle sich um eine obligatorische und konkurrierende Bundeskompetenz, die allerdings auf den Erlass von Grundsätzen beschränkt sei, also auf Normen mit einem erhöhten Abstraktionsniveau. Gemäss der föderalistischen Struktur der in Art. 89 Abs. 2 der Verfassung geforderten Gesetzgebung und im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip bei der Aufgabenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen behielten diese die Möglichkeit, ergänzende Gesetze zu erlassen und Durchführungsbestimmungen zu erlassen.¹⁶

Weil die Bundesverfassung die Kompetenz des Bundes im Wesentlichen auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkt ist, begrenze sie die kantonale Souveränität, zu der auch die Verfügung über die Wasservorkommen, das Bergregal und das Verfügungsrecht über den Untergrund gehöre, nicht. Die den Kantonen im Zusammenhang mit der Sachherrschaft über die öffentlichen Sachen verbleibenden Befugnisse seien somit gewährleistet. Insbesondere müsse das Recht der Kantone, über die im Untergrund vorhandene Energie zu verfügen, anerkannt werden.¹⁷ Es sei jedoch unerlässlich, dass sie alle Hindernisse für die Nutzung indigener und erneuerbarer Energien vermeiden würden und deren Entwicklung förderten.¹⁸

¹⁵ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.4.3.

¹⁶ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.4.4.

¹⁷ Für detailliertere Ausführungen bezüglich den rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, siehe: WIEDERKEHR/ABEGG, S. 639 ff.

¹⁸ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.4.4 *in fine*.

Nach diesen Ausführungen zur Tragweite von Art. 89 BV bei der Abgrenzung von Bundes- und Kantonskompetenzen wendet sich das Gericht dem neuen Energiegesetz zu, in der Absicht, aus dessen Bestimmungen eine Antwort auf die hier zu entscheidende Frage nach der Gültigkeit der eingereichten Volksinitiative zu gewinnen. Einleitend bemerkt das Gericht dazu, dass im Bundesgesetz von 2016 das Ziel der Diversifizierung der Energiequellen in Erinnerung gerufen und weiter präzisiert werde. Dabei rückten einheimische erneuerbare Energien in den Mittelpunkt, was in Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG zum Ausdruck komme. Die Botschaft des Bundesrates betonte, dass das neue Gesetz im Vergleich zum Energiegesetz 1998 klarer auf diese Art von Energie und deren Entwicklung ausgerichtet sei, was durch den schrittweisen Ausstieg aus der Kernenergie erforderlich sei; das neue Gesetz ziele insbesondere auf eine verstärkte Nutzung einheimischer erneuerbarer Energien und damit auf den Aufbau entsprechender Produktionskapazitäten im Land ab.^{19 20}

Gemäss Art. 4 Abs. 1 EnG müssten deshalb Bund und Kantone ihre Politik koordinieren. Dieses Koordinationsprinzip betreffe vor allem die Planung des Ausbaus der erneuerbaren Energien. Das EnG verpflichte die Kantone, die traditionellen raumplanerischen Instrumente, insbesondere den Richtplan, durch verbindliche Bestimmungen anzupassen und dafür zu sorgen, dass Nutzungspläne neu erstellt oder bestehende Nutzungspläne angepasst werden.²¹ Art. 10 Abs. 1 EnG beziehe sich namentlich auf die Gebiete und Abschnitte von Wasserläufen, die für die Nutzung der Wasser- und Windenergie geeignet sind, und die der Richtplan zu bezeichnen habe; die Kantone seien jedoch darüber hinaus verpflichtet, ganz allgemein in ihrem Richtplan die für die Nutzung erneuerbarer Energien geeigneten Gebiete (und Abschnitte von Wasserläufen) gemäss Art. 8b RPG, der gleichzeitig mit dem Gesetz verabschiedet wurde und am 1. Januar 2018 zusammen mit dem EnG in Kraft getreten ist, zu benennen. Der neue Art. 8b RPG, der die erneuerbaren Energien als Bestandteil des Richtplans festlegt, bilde zusammen mit Art. 10 EnG das, was im Entwurf des Bundesrates als «Entwicklungskonzept» für erneuerbare Energien bezeichnet wird, aber von den Räten nicht ausdrücklich in das EnG aufgenommen worden sei. Dennoch bildeten Art. 10 EnG und 8b RPG eine verbindliche Grundlage für die Entwicklung kantonaler Richtpläne, die neu auch Bereiche für erneuerbare Energien umfassen müssten. Die Kantone hätten zwar einen gewissen Freiraum in dieser Hinsicht, dürften

¹⁹ Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7657.

²⁰ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.5.

²¹ Art. 10 EnG; Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7664.

aber keine Massnahmen ergreifen, die den Entwicklungszielen zuwiderlaufen oder deren Erreichung illusorisch erscheinen lassen.²² Darüber hinaus gelte die Nutzung erneuerbarer Energien neu als Landesinteresse. Art. 12 Abs. 1 EnG anerkenne dieses Interesse ganz allgemein und betone das Interesse der Nutzung erneuerbarer Energien an und für sich, während die Absätze 2 bis 5 sowie Art. 13 EnG Produktionsanlagen betreffe, die diesen Status des nationalen Interesses erhalten müssen oder unter den in diesen Bestimmungen genannten Bedingungen erhalten könnten.²³ Schliesslich verlange Art. 14 EnG von den Kantonen, dass für den Bau, die Erweiterung und die Renovierung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien rasche Genehmigungsverfahren vorgesehen werden.²⁴

Schliesslich sei im Hinblick auf die Geothermie festzustellen, dass das EnG die Beteiligung am Einspeisevergütungssystem vorsieht, insbesondere für Betreiber neuer Geothermieanlagen (Art. 19 EnG), und dass als besondere Fördermassnahme Beiträge zur Deckung der Kosten im Zusammenhang mit der Suche nach geothermischen Ressourcen zur Stromerzeugung (Art. 33 EnG) gewährt werden könnten. Das Gesetz erlaube es den Kantonen auch, Land zu enteignen, um Anlagen von öffentlichem Interesse für die Nutzung der Geothermie zu errichten (vgl. Art. 69 EnG).²⁵

Das Gericht setzt sich alsdann mit den Vorbringen des Initiativkomitees und der Regierung auseinander. Diese machten geltend, den Kantonen verblieben weiterhin bedeutende Kompetenzen im Bereich der Energie und argumentierten, dass die Kantone auch für die Regulierung der Nutzung ihres Untergrundes zuständig seien, so dass auch die Geothermie in ihrem Kompetenzbereich verbleibe. Zudem vertritt das Initiativkomitee die Ansicht, dass der Bund den Kantonen die Nutzung der Geothermie nicht aufzwingen könne und dass der Bundesgesetzgeber sie auch nicht verpflichten könne, diese anzuwenden oder auch nur zu bewilligen.²⁶

Das Gericht führt zunächst aus, dass diese Argumente nicht irrelevant wären, wenn die Frage nach der Rechtskonformität eines bestimmten Geothermieprojekts zu entscheiden wäre. Der Ansatz der Initianten, die ein allgemeines und abstraktes Verbot der Geothermie verlangen, sei jedoch mit dem Bundesrecht nicht vereinbar. Die Initianten würden übersehen, dass die in der Bundesverfassung verankerten und im

²² In diesem Sinne Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7664.

²³ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7664-7666.

²⁴ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.5.

²⁵ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 6.5.

²⁶ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 7.

Energiegesetz vom 30. September 2016 entwickelten Ziele, soweit sie insbesondere die einheimischen erneuerbaren Energien betreffen, auch an die Kantone gerichtet sind; selbst wenn letztere ihre Gesetzgebungsbefugnisse im Energiebereich beibehielten, dürften sie keine gesetzgeberischen Massnahmen ergreifen, die im Widerspruch zu den durch das Bundesrecht festgelegten Zielen und Vorgaben in diesem Bereich stehen. Unter diesen Zielen spiele die Diversifizierung der einheimischen erneuerbaren Energiequellen eine zentrale Rolle bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der umstrittenen Initiative. Das Gericht wies sodann darauf hin, dass die Ziele des geltenden jurassischen Energiegesetzes, insbesondere die Förderung einer angemessenen und diversifizierten Energieversorgung, die Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien und die Entwicklung einheimischer Energiequellen (Art. 1 lit. a und c), mit dem Bundesrecht übereinstimmen. Auch wenn es zutreffe, dass das Bundesrecht die Geothermie zumindest im Einzelfall nicht direkt vorschreibt, wäre der Kanton Jura nicht berechtigt, seine geltende Gesetzgebung zu revidieren, um eine allgemeine und abstrakte Massnahme einzuführen, die im Übrigen ein absolutes Verbot mit sich brächte. Denn eine solche Revision im Anschluss an die Initiative würde die Entwicklung von Geothermie, einer Art von Energie, die der Bund fördern will und zu deren Förderung die Kantone beitragen müssen, deutlich behindern. In diesem Zusammenhang erinnert das Gericht daran, dass letztere eine Mitverantwortung für die Energieversorgung übernehmen und somit zur Erreichung der Entwicklungsziele im Bereich der einheimischen erneuerbaren Energien beitragen müssen.²⁷

Der Kanton Jura sei wie die anderen Kantone verpflichtet, Gesetze zur Umsetzung des Bundesrechts im Bereich der Energiepolitik zu erlassen (vgl. Art. 60 Abs. 2 EnG). Dabei sei er an die verfassungsmässigen und rechtlichen Ziele des Bundesrechts gebunden, nicht nur bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Energiebereich, sondern auch bei der Ausübung all seiner Kompetenzen, die direkte oder indirekte Auswirkungen auf eine diversifizierte Energieversorgung haben können. Er könne sich daher nicht auf sein Herrschafts- und Verfügungsrecht über den Untergrund berufen, um aufgrund dieses unbestreitbaren Rechts Gesetzesbestimmungen zu rechtfertigen, welche die Erfüllung der ihm nach höherem Recht auferlegten Zwecke behindert würde. Mit anderen Worten, auch wenn die Bundesverfassung dem Bund keine Kompetenz für die Energie im Untergrund einräume und der Kanton Jura auf diesem Gebiet weiterhin zuständig bleibe, bedeute das nicht, dass er von vornherein auf die Nutzung von Energiequellen im Untergrund verzichten könne, ohne damit den Zielen der Energiestrategie 2050 des Bundes zu widersprechen. Der Umstand, dass auf dem Gebiet des Kantons Jura bereits viele andere Energiequellen, d.h. Alternativen zur Geothermie, vorhanden sind oder noch genutzt werden könnten und weiter dort entwickelt werden dürften, wie das

²⁷ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 7.1 erster Abschnitt.

Initiativkomitee feststellt, bedeute nicht, dass die Erforschung und Nutzung der Geothermie im tiefen oder mittleren Untergrund so radikal und absolut wie in der Initiative vorgeschlagen verboten werden dürfe. Ein Verzicht sei nur nach Abwägung aller Interessen möglich. Ein solcher könne somit nur von Fall zu Fall und beim Vorliegen eines übergeordneten öffentlichen Interesses in Frage kommen, z.B. wenn unter den in Art. 89 Abs. 1 der Verfassung genannten Voraussetzungen der Energieversorgung die Nutzung einer bestimmten Energiequelle in einer bestimmten Situation nicht zugelassen sei, insbesondere wenn die Nutzung mit dem Umweltschutz oder anderen verfassungsmässigen Aufgaben wie dem Naturschutz oder der öffentlichen Sicherheit nicht vereinbar sei. Für jedes Projekt zur Nutzung erneuerbarer Energien könne nur eine spezifische Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände und gesetzlichen Anforderungen zu einem Verbot oder einer Bewilligung führen.²⁸ Das Bundesrecht stelle zwar die Kompetenz der Kantone zur Gesetzgebung über die Nutzung ihres Untergrundes nicht in Frage, schränke sie aber zumindest indirekt ein. Die gesetzliche Verpflichtung zur Diversifikation bedeute, dass die Kantone alle in ihrem Gebiet verfügbaren Energieversorgungsressourcen einsetzen müssten, die geeignet seien, zur Deckung des Bedarfs beizutragen, sofern nicht Umstände vorlägen, die ein Verbot gewisser Energieressourcen rechtfertigen würden (Umweltrisiken, Gefahren für die Bevölkerung, die Natur und das Wasser usw.). Dies gelte auch für die Geothermie, die der kantonale Gesetzgeber nicht verbieten dürfe, ohne vorher eine konkrete Interessenabwägung durchgeführt zu haben. In diesem Sinne widerspreche die umstrittene Initiative, die eine Einzelfallprüfung nicht zulasse, eindeutig den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses.²⁹

Die gleichen Schlussfolgerungen gelten für die rechtliche Verpflichtung der Kantone und des Bundes zur Koordination ihrer Politik und damit zur Anpassung der kantonalen Raumordnungsinstrumente zur Förderung der Entwicklung der einheimischen erneuerbaren Energien. Zwar habe dieses Entwicklungskonzept klarerweise nicht zur Folge, dass die Kantone unmittelbar Nutzungszonen zu schaffen hätten, die für die Errichtung von Geothermieanlagen bestimmt sind, verpflichte sie aber indirekt zur Berücksichtigung der in ihrem Hoheitsgebiet vorhandenen Möglichkeiten der Ausbeutung. Die Initiative zur Schaffung einer kantonalen Rechtsgrundlage mit einem generellen und absoluten Verbot der tiefen und mittleren Tiefengeothermie stehe jedoch in direktem Widerspruch zu der vom Bundesgesetz geforderten Planungspflicht für den Ausbau der einheimischen erneuerbaren Energien und stehe damit eindeutig im

²⁸ An dieser Stelle verweist das Verfassungsgericht auf Windenergie BGE 132 II 408 (Windenergie) sowie auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantonsgerichts Jura vom 13. Dezember 2016, ADM 92/2015 (Geothermie).

²⁹ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 7.1 zweiter Abschnitt.

Widerspruch zu den Zielen des Bundes. Dieses Prinzip, das sich eindeutig aus dem Bundesrecht ergibt und gegen das die umstrittene Initiative verstösst, lasse sich in einer lapidaren Formel zusammenfassen: Es ist verboten, die Geothermie allgemein und abstrakt zu verbieten.³⁰

Das Gericht kommt daher zum Schluss, es könnten keinerlei Zweifel an der Verfassungswidrigkeit der Initiative «Contre la géothermie profonde dans le Jura» bestehen. Die Feststellung, dass die Initiative für den Fall ihrer Annahme bei ihrer Umsetzung notwendigerweise gegen Bundesrecht verstossen würde, ergebe sich nicht daraus, dass der Bund mit der Verabschiedung des Energiegesetzes vom 30. September 2016 eine abschliessende Regelung habe schaffen wollen, die keinen Raum für kantonales Recht lasse, sondern weil die kantonalen Rechtsnormen, die zur Umsetzung der Initiative erlassen werden müssten, offensichtlich dem Sinn der vom Bund erlassenen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Anforderungen im Bereich der Energiepolitik widersprechen. Die Umsetzung der Initiative würde die Erreichung der Ziele einer Politik zur Entwicklung der einheimischen erneuerbaren Energien, die sich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz entfalten solle, im Kanton Jura klarerweise behindern.³¹

B. Voraussetzungen zur Errichtung von Windenergieanlagen

1. Der Fall Windpark Crêt-Meuron³²

a) Sachverhalt

Im Jahr 1997 begann die neuenburgische Kantonsverwaltung mit der Erstellung einer Vorstudie zwecks Evaluation möglicher geeigneter Standorte für eine Windkraftanlage. Im Rahmen dieser Studie wurde unter anderem der Standort Crêt-Meuron in Betracht gezogen. Der Ort mit dem Flurnamen «Derrière Tête-de-Ran» liegt auf einer Höhe von rund 1300 m in der Nähe des Vue-des-Alpes-Passes, einige Kilometer von der Stadt La Chaux-de-Fonds entfernt, auf dem Boden der Gemeinden Fontaines und Hauts-Geneveys. Er befindet sich im Perimeter des «Plan[s] naturnaher Landschaften des Kantons» im Anhang des Dekrets vom 14. Februar 1966 betreffend den Landschaftsschutz des Kantons. Der Ort gehört zu den grundsätzlich nicht überbaubaren

³⁰ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 7.2.

³¹ Siehe zum Ganzen: Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, E. 7.3.

³² BGE 132 II 408, übersetzt in Pra 96 (2007), Nr. 66. Vgl. dazu ferner den Entscheid des jurassischen Kantonsgerichts vom 4. Oktober 2007, *Revue jurassienne de jurisprudence* 2007, 233-243, wo das Gericht unmittelbar Bezug nimmt auf den Fall Windpark Crêt-Meuron, Beschwerden gegen einen kommunalen Nutzungsplan abweist und die Zulässigkeit der Errichtung von Windkraftanlagen bejaht.

«Kamm- und Waldzonen». Der am 30. Mai 1995 in Kraft getretene Gestaltungsplan (genereller Nutzungsplan) der Gemeinde Hauts-Geneveys weist den Crêt-Meuron – für den auf Gemeindeboden liegenden Teil – der Kamm- und Waldzone zu, die als Schutzzone und kantonale Nutzungszone definiert ist. Der Gestaltungsplan der Gemeinde Fontaines, in Kraft seit 27. Juni 2001, weist den restlichen Teil des Ortes gleichzeitig der Kamm- und Waldzone (kantonale Nutzungszone) und der Landwirtschaftszone (kommunale Nutzungszone) zu.

Im Anschluss an die erwähnte Vorstudie erstellte die Kantonsverwaltung ein neues Koordinationsblatt 9-0-04 des kantonalen Richtplans und gab es im Juni 2001 in die Vernehmlassung. Der Gegenstand des Blatts wird wie folgt beschrieben: «Kantonale Planung für die Erstellung zweier Windkraftanlagen zur Produktion von Elektrizität; die erste Anlage ist am Standort Crêt-Meuron geplant; die zweite Anlage ist noch zu bestimmen». Die kantonalen Ämter für Raumplanung und Energie werden als «kantonale Koordinationsinstanz» bezeichnet. Bezüglich des Stands der Koordination gibt das Blatt an, es handle sich um «beschlossene Massnahmen». Am 29. August 2001 wurde das Blatt 9-0-04 vom Staatsrat des Kantons Neuenburg in den kantonalen Richtplan aufgenommen. Diese Ergänzung wurde am 4. Dezember 2001 vom Bundesrat genehmigt.

Das kantonale Amt für Energie, der Verein Suisse Eole (Verein zur Förderung der Windenergie in der Schweiz) und die als «Entwicklerin» des Projekts bezeichnete französische Aktiengesellschaft Eole-Res SA arbeiteten ein Projekt für einen Windpark auf dem Crêt-Meuron aus. Das kantonale Departement für Landschaft erstellte und genehmigte am 20. Dezember 2001 einen kantonalen Nutzungsplan, der einen allgemeinen Perimeter von 111,5 ha sowie «Entwicklungsperimeter» (Kreise mit einem Durchmesser von 50 m) für sieben im allgemeinen Perimeter verteilte Windturbinen umfasst. Die gegen den kantonalen Nutzungsplan erhobenen Einsprachen wurden vom Departement abgewiesen, hingegen vom kantonalen Verwaltungsgericht gutgeheissen. Begründet wurde dieser Entscheid mit der Erwägung, die in diesem Falle vorzunehmende Interessenabwägung zwischen der Erhaltung eines Naturschutzgebietes einerseits und dem Interesse an der Umsetzung der vom Bund und von den Kantonen entwickelten Politik zur Förderung erneuerbarer Energien falle zuungunsten der Energiegewinnung aus.

b) Die Erwägungen des Bundesgerichts

Das daraufhin angerufene Bundesgericht kam zu einem anderen Ergebnis. Zunächst beschäftigte sich das Gericht mit dem von der Vorinstanz ins Feld geführten Argument des geringen Anteils von Windenergie an der Gesamterzeugung und am

Gesamtverbrauch von Strom. Dabei hielt es fest, dem streitigen Projekt sei eine gewisse Bedeutung zuzugestehen.³³ Unter Berücksichtigung der Ziele der nationalen und kantonalen Energiepolitik bestehe an der Realisation der projektierten Windkraftanlage ein klares öffentliches Interesse.³⁴ Nach diesem ersten Schritt, d.h. der Ermittlung der relevanten Interessen für die nachfolgende Interessenabwägung, beanstandete das Gericht das Ergebnis dieser Abwägung durch die Vorinstanz.³⁵ Es erwog insbesondere, im vorliegenden Fall habe gar keine konkrete Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen stattgefunden. Das Bundesgericht hielt im Ergebnis fest, die Vorinstanz habe der Beeinträchtigung der Landschaft eine übermässige Bedeutung zugemessen und als direkte Folge davon das öffentliche Interesse an der Realisierung einer Windkraftanlage in Übereinstimmung mit den Zielen der nationalen und kantonalen Energiepolitik ungenügend berücksichtigt. Bei einer korrekten Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen hätte die Vorinstanz mit anderen Worten die Verwirklichung einer Windkraftanlage auf dem Crêt-Meuron nicht prinzipiell verhindern dürfen.³⁶

2. Der Fall Windparkzone Schwyberg³⁷

a) Sachverhalt

Die Schwyberg Energie AG – eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Plasselb – beantragte im Jahr 2009 die Erteilung einer Genehmigung für den Bau und Betrieb von neun Windenergieanlagen (WEA) auf dem Schwyberg, wobei vier Anlagen (WEA 1–4) im nördlichen Bereich auf dem Gebiet der Gemeinde Plaffeien und fünf Anlagen (WEA 5–9) im südlichen Bereich auf dem Gebiet der Gemeinde Plasselb erstellt werden sollten. Die geplanten neun Betontürme sollten jeweils eine Nabenhöhe von 98,38 m haben; die Gesamthöhe sollte bei einem Rotorradius von 41 m etwa 140 m betragen. Jedes Turmfundament sollte einen Durchmesser von 15 m haben, und der Turmfuss 7,5 m breit sein. Die Distanz vom ersten (WEA 1) zum letzten Turm (WEA 9) sollte 3,9 km betragen; zwischen beiden Anlagegruppen (WEA 4 und WEA 5) sollte ein Abstand von 2 km bestehen. Jede Anlage sollte 2 MW leisten. Die jährliche Stromproduktion des gesamten Windparks wurde auf 36 GWh geschätzt, was in etwa dem Stromverbrauch

³³ BGE 132 II 408, E. 4.5.2.

³⁴ BGE 132 II 408, E. 4.5.2. *in fine*.

³⁵ BGE 132 II 408, E. 4.5.3. ff.

³⁶ BGE 132 II 408, E. 4.5.4. Dabei war bis zu einem gewissen Grad auch entscheidend, dass die Region Tête-de-Ran nicht ins Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler aufgenommen worden war, das Gericht verwies dabei auf die ähnliche Argumentation im Falle des Val Curciusa (das ebenfalls nicht im Inventar figuriert), BGE 119 Ib 254, E. 8 e.

³⁷ Urteil des BGR vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014. Vgl. dazu ausführlich die Darstellung und den Kommentar von WALDMANN, S. 385-404.

von 9000 Haushalten entsprechen sollte. Für die Erschliessung der Anlagen müssten 3 km neue Maschinenwege gebaut und 1759 m² Wald gerodet werden.

Der Schwyberg ist ein Hügelzug in den Freiburger Voralpen, nordwestlich des Schwarzsees. Er liegt auf einer Höhe zwischen 1500 und 1650 m ü.M. auf dem Gebiet der Gemeinden Plaffeien und Plasselb, am Rande des Regionalen Naturparks Gantrisch.

Im Hinblick auf den Bau des Windparks haben die Gemeinden Plaffeien und Plasselb eine Spezialzone ausgeschieden. Diese besteht aus zwei schmalen Streifen, welche in etwa der Gemeindegrenze entlang verlaufen, einem kürzeren im Norden mit vier Ausbuchtungen für WEA 1–4 und einem längeren im Süden mit fünf Ausbuchtungen für WEA 5–9. Die revidierten Zonennutzungspläne wurden am 26. Juni 2009 öffentlich aufgelegt, gleichzeitig mit den Baugesuchen und dem Rodungsgesuch. Teil der Revision bildete zudem eine jeweils identische neue Bestimmung in den Planungs- und Baureglementen der Gemeinden Plaffeien und Plasselb. Demgemäss ist die Windparkzone bestimmt für den Windpark Schwyberg und diesem zugeordnete Anlagen wie Windenergieanlagen, Installationsplattformen, elektrische Leitungen, Zufahrtsstrassen, eventuelle Informationsschilder, technische Anlagen sowie der Sicherheit dienende Einrichtungen. Als Grundnutzung gilt nach wie vor die land- und forstwirtschaftliche Bewirtschaftung.

Die von den Beschwerdeführern gegen die Änderung des Nutzungsplanes eingelegten Rechtsmittel blieben auf kantonaler Ebene erfolglos.

b) Die Erwägungen des Bundesgerichts

Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die Überlegungen des Bundesgerichts zur Rüge der Beschwerdeführer, die Verankerung des projektierten Windparks auf der Ebene der Richtplanung und die der Standortwahl zugrundeliegende Interessenabwägung sei mangelhaft,³⁸ von Bedeutung.

Bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer richtplanerischen Festsetzung sei die räumliche Wesentlichkeit des Vorhabens wegleitend. Entscheidend sei, ob angesichts der weitreichenden Auswirkungen eines Vorhabens eine vorgängige umfassende Interessenabwägung notwendig erscheine, die nur durch den Prozess der Richtplanung garantiert werden könne. Der neue Art. 8 Abs. 2 RPG verankere diesen sog. «Richtplanvorbehalt» ausdrücklich im Gesetz. Gewichtige Auswirkungen i.S.v. Art. 8 Abs. 2 RPG seien gemäss der bundesrätlichen Botschaft insbesondere eine grosse Flächenbeanspruchung, ein bedeutender Einfluss auf die Nutzungs- und Versorgungsstrukturen des Kantons, die Erzeugung grosser Verkehrsströme oder die Verursachung hoher Umwelt- und

³⁸ Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.

Landschaftsbelastungen. Typisch für solche Vorhaben werde normalerweise auch ein hoher Zusammenarbeits- und Abstimmungsbedarf auf kantonaler Ebene, mit Nachbarkantonen oder dem Bund sein (E. 2.4.).³⁹ Der Windpark Schwyberg bedürfe angesichts seiner Ausdehnung von fast 4 km, der Dimensionen der einzelnen WEA, der erheblichen Abweichung von der Grundordnung (Land- und Forstwirtschaft), der Situierung in einem Regionalen Naturpark, der Notwendigkeit von Rodungen und dem Bau von Erschliessungsstrassen einer Grundlage im Richtplan.⁴⁰

Das Gericht kommt dabei zum Ergebnis, im geltenden Richtplan sei der Windpark zwar vorgesehen, doch handle es sich dabei bloss um eine vorläufige Einschätzung und noch nicht um eine Standortfestlegung für den Schwyberg.⁴¹

Das im Jahr 2011 geänderte Koordinationsblatt Energie enthalte zwar Eignungs- und Ausschlusskriterien sowie eine Liste von Kriterien, die in einer Interessenabwägung zu berücksichtigen seien. Im Rahmen der Vorprüfung nach Art. 10 Abs. 3 RPV habe das ARE die mangelhafte Präzision der Kriterien und deren ungenügende Anwendung auf die möglichen Standorte moniert. Entsprechend habe das UVEK die Anpassung des Koordinationsblatts Energie nur unter dem Vorbehalt genehmigt, dass der Bund die Standorte für Windkraftanlagen als Suchräume und nicht als definitive Standorte qualifiziere.⁴² Der Kanton Freiburg habe somit im Rahmen seiner Richtplanung zwar Alternativstandorte geprüft und dafür Kriterien definiert. In welchem Zusammenhang die Standortwahl zu diesen Kriterien stehe, habe er jedoch nicht aufgezeigt, dies trotz einer entsprechenden Aufforderung durch das ARE anlässlich der Vorprüfung. Auch eine Zusammenarbeit mit dem Nachbarkanton Bern, auf dessen Gebiet der vom geplanten Windpark betroffene Regionale Naturpark Gantrisch grösstenteils liegt, habe offenbar nicht stattgefunden. Vor diesem Hintergrund könne nicht gesagt werden, die Standortwahl basiere auf einer nachvollziehbaren Abstimmung der raumwirksamen Tätigkeiten. Fundierte Aussagen über Standort und Umfang räumlicher Grossprojekte im Richtplan setzten jedoch eine umfassende Interessenabwägung voraus, welche auch begründet und damit transparent gemacht werden müssen. Der Standort Schwyberg lasse sich somit nicht als Festsetzung gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a RPV qualifizieren, weshalb es vorliegend an einer genügenden Grundlage im Richtplan fehle.⁴³ Schon allein deshalb müsse das Urteil der Vorinstanz aufgehoben werden.⁴⁴

³⁹ Siehe zum Ganzen: Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.4.

⁴⁰ Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.5.

⁴¹ Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.6.

⁴² Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.7, mit Hinweis auf BBl 2015 9685.

⁴³ Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.8.

⁴⁴ Urteil des BGer vom 26. Oktober 2016, 1C_346/2014, E. 2.9.; Daneben prüfte und bejahte das Gericht die Vereinbarkeit des Projekts mit dem Moorschutz (E. 3), bemängelte indessen die ungenügenden Schutz- und Ersatzmassnahmen für bedrohte Vogelarten (E. 4.), die ungenügende

Schlussbemerkungen

Die erneuerbaren Energien können zweifellos einen wichtigen Beitrag leisten bei der Umsetzung der Energiestrategie 2050 und der damit angestrebten Energiewende. Der Gesetzgeber hat die dazu erforderlichen normativen Grundlagen geschaffen und die Rechtsprechung verfolgt eine Linie, die dem Anliegen keine neuen Hindernisse in den Weg legt. Dennoch ist es derzeit keineswegs sicher, ob das Unterfangen gelingen wird: Ein anschauliches Beispiel dazu liefert das Projekt für eine Erhöhung der Grimselsee-Staumauer. Nach jahrelangen rechtlichen Auseinandersetzungen hat das BGer mit Entscheid vom 5. April 2017⁴⁵ sämtliche gegen das Vorhaben erhobenen Beschwerden abgewiesen, doch in der Zwischenzeit haben die BKW auf eine Realisierung des Projektes (mindestens vorläufig) aus wirtschaftlichen Gründen verzichtet. Wenn sich Investitionen in die Produktion von erneuerbaren Energien nicht mehr lohnen, werden Staat und Gesellschaft nicht darum herumkommen, ihre jeweiligen Rollen in diesem Bereich neu zu definieren.

Literaturverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7561.
- FÖHSE Kathrin S., Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestan-desaufnahme im neuen Energierecht des Bundes, *ZBJV* 153/2017, S. 581-615.
- HETTICH Peter / PENG Gian Luca, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, *AJP* 2015, S. 1427-1438.
- KERN Markus, Kommentar zu Art. 89 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung*, Basel 2015.
- SCHAFFHAUSER René / UHLMANN Felix, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, Band I, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- WALDMANN Bernhard, Windenergie im Konflikt mit dem Natur- und Landschaftsschutz, *FZR* 2016, S. 385-404.
- WIEDERKEHR René / ABEGG Andreas, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, Regelungskompetenz, Nutzungsart, Planungspflicht und Bewilligungen nach Bundesrecht, *ZBl*, 115/2014, S. 639-662.

Berücksichtigung des Landschaftsschutzes (E. 5.) sowie die bundesrechtswidrige Gesamtabwägung (E. 6.).

⁴⁵ BGE 143 II 241.

Les plans en mouvement

Mesures conservatoires pour la révision des plans d'affectation

Sommaire

	Page
Introduction	905
I. L'obligation de réviser les plans d'affectation pour redimensionner les zones à bâtir	906
II. La zone réservée, mesure conservatoire de droit fédéral dans le processus de redimensionnement des zones à bâtir	908
III. Les autres mesures conservatoires du droit cantonal ; l'effet anticipé négatif	910
IV. La limitation dans le temps des mesures conservatoires	912
V. L'effet anticipé facultatif ou obligatoire	913
VI. Les mesures conservatoires prises par l'autorité cantonale de planification	915
VII. La combinaison des mesures conservatoires (zone réservée et effet anticipé)	916
VIII. Le refus d'un permis de construire résultant d'un contrôle préjudiciel du plan d'affectation	917
Conclusion	919
Bibliographie	920

Introduction

Le droit de l'aménagement du territoire est un droit en mouvement : les lois, fédérale et cantonales, font l'objet de révisions périodiques et les instruments de planification (plans directeurs, plans d'affectation) doivent être régulièrement adaptés à l'évolution des circonstances. Les normes définissant concrètement le mode d'utilisation du sol pour chaque bien-fonds, au niveau du plan d'affectation, doivent être actualisées non seulement en fonction des nouveaux besoins, mais aussi pour tenir compte de modifications de nature juridique, dans la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) et dans d'autres législations.

* Juge à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lorsque la législation sur l'aménagement du territoire est révisée, au niveau fédéral ou cantonal, la modification légale n'a généralement pas un effet direct ou immédiat sur le régime juridique applicable à chaque immeuble : la définition concrète du mode d'utilisation du sol sur un bien-fonds déterminé ne pourra être modifiée qu'après une révision du plan d'affectation. Les plans d'aménagement sont des instruments dynamiques : la loi fédérale prévoit qu'ils doivent être adaptés lorsque les circonstances se sont modifiées (art. 9 al. 2 LAT pour le plan directeur cantonal ; art. 21 al. 2 LAT pour les plans d'affectation). Il incombe donc aux autorités de planification d'évaluer périodiquement si la modification des circonstances justifie une révision des plans et, le cas échéant, d'engager les procédures aboutissant ensuite à leur adaptation. Cette opération peut être complexe et durer plusieurs années. Faut-il alors exiger des propriétaires fonciers qu'ils tiennent immédiatement compte de l'évolution prévisible de la réglementation de la zone, avant même qu'elle ne soit concrétisée par l'entrée en force d'un nouveau plan d'affectation ? Quand l'évolution des circonstances découle d'une modification de la loi fédérale (LAT), les nouvelles règles de droit doivent-elles déployer leurs effets avant d'être mises en œuvre par le plan d'affectation qui délimite les zones et définit précisément leur réglementation ?

Si l'on considère qu'il existe un intérêt public important à ce que la nouvelle législation soit mise en œuvre sans retard, ou en tout cas à ce que son application future ne soit pas compromise, il importe que les autorités compétentes puissent prendre des mesures conservatoires. Une forme de moratoire peut se justifier, pour éviter que certaines constructions conformes à l'ancien droit ne soient autorisées ou réalisées dans la période intermédiaire jusqu'à la révision du plan d'affectation, ce qui pourrait priver le nouveau droit de tout effet concret - on pense à la construction d'un bâtiment sur un terrain classé en zone à bâtir mais destiné à devenir inconstructible par un transfert en zone agricole ou en zone à protéger (zone de verdure). Il ne s'agit pas d'appliquer des normes non encore en vigueur mais de prendre des mesures conservatoires. On décrira ci-après les instruments prévus à cet effet par le droit de l'aménagement du territoire.

I. L'obligation de réviser les plans d'affectation pour redimensionner les zones à bâtir

La question de l'adaptation des plans d'affectation est particulièrement actuelle depuis une récente la révision de la LAT en 2014¹. Dans le but de mieux protéger les terres cultivables et d'assurer une meilleure maîtrise de l'urbanisation², le législateur fédéral a

¹ Révision du 15 juin 2012, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2014 (RO 2014 899).

² Cf. Message du Conseil fédéral, FF 2010 960.

précisé que les mesures d'aménagement du territoire devaient désormais tendre au développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti (art. 1 al. 2 let. a^{bis} LAT) et qu'il fallait prendre les mesures propres à assurer une meilleure utilisation dans les zones à bâtir des friches, des surfaces sous-utilisées ou des possibilités de densification des surfaces de l'habitat (art. 3 al. 3 let. a^{bis} LAT). Le législateur a également modifié la définition de la zone à bâtir : le texte légal prescrit désormais que les zones à bâtir sont définies de telle manière qu'elles répondent aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes (art. 15 al. 1 LAT) et que les zones à bâtir surdimensionnées doivent être réduites (art. 15 al. 2 LAT)³.

Ces nouveaux principes du droit fédéral, qui redéfinissent la zone à bâtir en imposant son redimensionnement, sont directement applicables et il n'est pas nécessaire que le législateur cantonal adopte des dispositions d'exécution. C'est pourquoi, quand la loi cantonale vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC) a été révisée avec comme objectif la mise en œuvre des nouvelles dispositions de la LAT⁴, la définition des zones n'a pas été substantiellement modifiée. Le nouvel art. 29 LATC, qui définit les zones à bâtir, renvoie pour l'essentiel à la réglementation du droit fédéral (art. 1, 3 et 15 LAT) et il n'a pas été introduit de norme visant spécialement le surdimensionnement⁵.

La réduction des zones à bâtir surdimensionnées est une mesure de planification que le plan directeur cantonal (PDCn) doit organiser. Une des innovations de la révision de la LAT de 2012 concerne précisément la fonction du plan directeur cantonal pour la délimitation et la répartition des zones à bâtir, conformément à l'art. 15 LAT⁶. Dans le canton de Vaud, le PDCn prévoit déjà depuis plusieurs années, à savoir depuis une révision entrée en vigueur en 2008⁷, des mesures tendant à la réduction de l'étendue des zones à bâtir. Il a été décidé de concentrer le développement de l'urbanisation dans les centres (cantonaux, régionaux et locaux), en déclassant les zones à bâtir manifestement surdimensionnées. Cet objectif a été confirmé lors des adaptations subséquentes du PDCn, singulièrement dans la 4^e adaptation, décidée en 2017 et entrée en vigueur le 31 janvier 2018 (date de son approbation par le Conseil fédéral). Il a été constaté que la forte croissance démographique de ces dernières années avait conduit à la poursuite de l'étalement

³ La LAT, en prévoyant l'élaboration de directives techniques concernant la zone à bâtir (art. 15 al. 5 LAT), vise une uniformisation des règles sur le dimensionnement ; une méthode de calcul est prescrite pour les zones d'habitation, mixtes et centrales – voir à ce propos WASER, p. 61 ss.

⁴ Loi du 17 avril 2018 modifiant la LATC, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018.

⁵ En revanche, la récente révision de la LATC a institué le régime de compensation prévu par l'art. 5 LAT et introduit des mesures pour favoriser et garantir la disponibilité des terrains à bâtir (art. 50 ss, 64 ss LATC). Ces normes seront mises en œuvre lors de prochaines révisions des plans d'affectation communaux et elles ne donnent pas lieu, auparavant, à des mesures conservatoires.

⁶ ATF 141 II 393 consid. 2 ; cf. aussi art. 8a al. 1 let. d LAT, art. 5a al. 4 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT ; RS 700.1).

⁷ Cf. notamment WASER, p. 49.

urbain, dans les villages et les quartiers hors centres ; il fallait inverser cette tendance, en donnant aux centres un potentiel de croissance démographique plus important, en limitant la création de nouvelles zones à bâtir hors des périmètres de centre et en déclassant des zones à bâtir dans des communes surdimensionnées⁸.

Cela étant, la révision ou l'adaptation du plan directeur cantonal, pas plus que les révisions législatives, n'entraînent directement des restrictions pour les propriétaires qui pourraient être concernés par l'obligation de redimensionner les zones à bâtir. Les mesures définies dans le plan directeur cantonal sont obligatoires pour les autorités mais pas pour les particuliers (cf. art. 9 al.1 LAT) ; elles doivent être mises en œuvre par la révision des plans d'affectation, instrument par lequel le mode d'utilisation du sol est réglé de manière précise et contraignante (cf. art. 14 al. 1 LAT). Ce sont donc en principe les autorités communales qui décideront des déclassements dans les cas concrets, par le transfert de terrains de la zone à bâtir en zone inconstructible, dans le cadre d'une révision du plan d'affectation communal.

Le redimensionnement des zones à bâtir est un travail de longue haleine et plusieurs années pourront être nécessaires pour parvenir au déclassement de tous les terrains concernés. Le législateur fédéral n'a pas prévu, dans les dispositions transitoires de la nouvelle de 2012, un moratoire pour l'octroi des permis de construire dans les zones à bâtir surdimensionnées. Un moratoire a été institué pour la planification, l'art. 38a al. 2 LAT interdisant de façon immédiate l'extension de la surface totale des zones à bâtir du canton dans l'attente de l'adoption de l'approbation des adaptations du plan directeur cantonal mais ce régime transitoire n'a pas prohibé, dans cet intervalle, la délivrance de permis de construire pour des projets conformes aux plans d'affectation existants⁹.

II. La zone réservée, mesure conservatoire de droit fédéral dans le processus de redimensionnement des zones à bâtir

À défaut de moratoire général pour la délivrance de permis de construire dans les communes avec zones à bâtir surdimensionnées, la LAT contient une base légale pour des mesures ponctuelles. Elle permet la création de *zones réservées*, qui ont en définitive l'effet d'un moratoire là où elles sont adoptées, moyennant l'établissement d'un plan

⁸ Voir la mesure A11 du PDCn. À ce propos, voir aussi le rapport d'examen de l'Office fédéral du développement territorial relatif à la 4^e adaptation du PDCn, www.are.admin.ch, rubrique Plans directeurs cantonaux.

⁹ Cf. ATF 144 II 41 consid. 5.2 ; arrêt TF 1C_244/2017 du 17 avril 2018. À propos du moratoire de l'art. 38a al. 2 LAT : ATF 142 II 415.

délimitant précisément le territoire concerné. L'instrument de la zone réservée existe en droit fédéral depuis l'entrée en vigueur de la LAT en 1980. Cette mesure est définie à l'art. 27 LAT qui dispose que si l'adaptation d'un plan d'affectation s'impose, l'autorité compétente peut prévoir des zones réservées à l'intérieur desquelles rien ne doit être entrepris qui puisse entraver l'établissement du plan d'affectation (art. 27 al. 1 LAT). La durée de cette mesure conservatoire est en principe de cinq ans au plus, selon le droit fédéral, mais la LAT prévoit que le droit cantonal peut prolonger ce délai (art. 27 al. 2 LAT). Le canton de Vaud a fait usage de cette possibilité. L'art. 46 al. 1 LATC (dans sa teneur depuis le 1^{er} septembre 2018) dispose que les communes ou le département peuvent établir des zones réservées, qui interdisent ou limitent la constructibilité de terrains pendant une période maximale de cinq ans, pouvant être prolongée de trois ans au maximum.

L'instauration d'une zone réservée est admissible à trois conditions, d'après la jurisprudence. Il faut une intention de modifier la planification, une délimitation exacte des territoires concernés et le respect du principe de la proportionnalité ; le périmètre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire au maintien d'une situation en vue de la nouvelle planification. Selon les circonstances, le règlement de la zone réservée peut interdire toute construction nouvelle, voire toute transformation, ou bien n'autoriser que les constructions qui ne menacent pas le futur plan d'aménagement¹⁰. La portée de la zone réservée n'est donc pas définie de manière abstraite ; c'est toujours en fonction du futur plan d'affectation qu'elle doit être conçue puisqu'elle vise à empêcher que la révision ne soit compromise ou entravée. Il s'agit de protéger la liberté de décision de l'autorité de planification¹¹. Mais plus l'autorité a une idée précise du contenu du plan d'affectation envisagé, plus la réglementation de la zone réservée pourra être nuancée, plus son périmètre pourra être restreint et plus sa durée pourra être limitée dans le temps. Le contenu de la réglementation du plan de la zone réservée doit donc dans tous les cas respecter le but de l'art. 27 LAT ainsi que le principe de la proportionnalité ; on ne peut pas instituer par ce biais un moratoire général et indifférencié, sans expliquer en quoi l'établissement d'un futur plan d'affectation pourrait être entravé. Cela étant, pour atteindre leur but, les zones réservées doivent être adoptées le plus tôt possible¹².

Actuellement, dans les communes vaudoises, il arrive que des zones réservées soient adoptées avec un périmètre comprenant toutes les zones à caractère résidentiel du territoire. La mesure A11 du Plan directeur cantonal, qui concerne le redimensionnement des zones à bâtir (zones d'habitation et zones mixtes) détermine pour chaque commune un

¹⁰ Cf. ATF 138 I 131 consid. 6.2 ; arrêt de la Cour constitutionnelle vaudoise CCST.2014.0001 du 3 juillet 2014, consid. 2d.

¹¹ Cf. ATF 113 Ia 362 consid. 2a/bb.

¹² Cf. arrêt TF 1C_141/2014 du 4 août 2014 consid. 5.2.

potentiel de croissance démographique : la capacité totale des zones est comparée au développement attendu de la population, en fonction d'un taux de croissance fixé dans le PDCn ; si la capacité d'accueil est supérieure au potentiel de croissance, la commune doit redimensionner sa zone à bâtir. La densification du territoire urbanisé est également préconisée, afin d'éviter une extension de la zone à bâtir. Pour mettre en œuvre ces objectifs, les plans d'affectation des communes doivent en principe être révisés jusqu'au 30 juin 2022. Cela implique une réflexion globale au niveau communal, portant sur toutes les zones destinées à l'habitation. À terme, lorsque les plans d'affectation communaux auront été révisés, cela pourrait aboutir à une modification du régime applicable à de très nombreux terrains – ceux qui devront être déclassés et ceux pour lesquels une densification devra être adoptée. Aussi est-il concevable que, dans une commune, le périmètre de la zone réservée englobe la totalité des zones d'habitation ou mixtes, y compris les secteurs déjà bâtis¹³. Cela étant, le règlement de la zone réservée peut autoriser les transformations ou agrandissements de bâtiments existants, et partant ne pas instituer un moratoire complet pour la délivrance de permis de construire.

L'art. 27 LAT est formulé de manière potestative (l'autorité compétente *peut prévoir* des zones réservées). L'art. 2 LAT institue cependant une *obligation d'aménager le territoire* et la jurisprudence en déduit que cette obligation s'applique aussi pour les zones réservées, quand l'établissement d'un futur plan d'affectation risque effectivement d'être entravé ou compromis¹⁴. Le refus de créer une zone réservée peut ainsi, dans certaines situations, être contraire au droit fédéral. Dans le canton de Vaud, comme l'art. 46 al. 1 LATC accorde à la fois aux communes et au département cantonal la compétence d'établir des zones réservées, cette obligation incombe aux autorités de planification des deux niveaux, d'abord à la commune et subsidiairement au département.

III. Les autres mesures conservatoires du droit cantonal ; l'effet anticipé négatif

La zone réservée est une mesure conservatoire efficace pour protéger la révision d'un plan d'affectation communal lorsqu'il faut remédier au surdimensionnement des zones à bâtir. Toutefois, cette mesure n'entre pas en force immédiatement, au moment où l'autorité compétente constate qu'elle est nécessaire. L'art. 46 al. 2 LATC prévoit que la

¹³ La jurisprudence cantonale a retenu dans certains arrêts que cette solution, préconisée par le Service du développement territorial comme une alternative possible, était conforme au droit fédéral : cf. arrêts CDAP AC.2018.0001 du 23 novembre 2018 consid. 1e ; AC.2018.0233 du 21 janvier 2019 consid. 2.

¹⁴ Cf. arrêt TF 1C_141/2014 du 4 août 2014 consid. 5.2.

procédure d’approbation des zones réservées est celle des plans d’affectation. Cela signifie que, dans tous les cas – qu’il s’agisse d’une zone réservée communale, ou d’une zone réservée cantonale, directement ordonnée par le département en charge de l’aménagement du territoire –, une mise à l’enquête publique du projet est prescrite, avec la possibilité pour les intéressés de s’opposer (art. 13 et 38 LATC). Auparavant, pour les zones réservées communales, le plan doit être soumis à l’examen préalable du Service du développement territorial (art. 36 et 37 LATC). La décision d’adoption du plan intervient ensuite, par le conseil communal ou général (zone réservée communale, art. 42 LATC), respectivement par le département chargé de l’aménagement du territoire (zone réservée cantonale, art. 15 LATC). Les plans des zones réservées communales sont en outre, à l’instar des plans d’affectation communaux ordinaires, soumis à l’approbation du département cantonal (art. 43 LATC).

Il résulte de cette réglementation qu’il peut se passer plusieurs mois, voire plusieurs années, entre le moment où l’autorité compétente opte pour l’établissement d’une zone réservée et la date de l’entrée en vigueur de cette mesure conservatoire. Or la révision du plan d’affectation, pour corriger le surdimensionnement, pourrait être entravée ou compromise si l’autorité compétente était tenue de délivrer les autorisations de construire requises tant que la zone réservée n’est pas adoptée ou approuvée. Pour que cette mesure conservatoire prévue par le droit fédéral soit réellement efficace d’emblée, le droit cantonal vaudois a prévu une mesure conservatoire complémentaire : l’*effet anticipé* des plans d’affectation projetés, avant leur adoption.

Cet effet anticipé est réglé aux art. 47 ss LATC. La loi cantonale distingue deux hypothèses : celle des *plans en voie d’élaboration* (art. 47 LATC) et celle des *plans soumis à l’enquête publique* (art. 49 LATC). Dans la première hypothèse, l’art. 47 al. 1 LATC dispose que la municipalité peut refuser un permis de construire lorsqu’un projet de construction, bien que conforme, compromet une modification de plan envisagée, non encore soumise à l’enquête publique. Dans la seconde hypothèse, l’art. 49 al. 1 LATC prévoit que la municipalité refuse tout permis de construire allant à l’encontre d’un plan, dès l’ouverture d’une enquête publique concernant un plan d’affectation¹⁵.

L’effet anticipé négatif des plans d’affectation projetés, mais non encore adoptés ni entrés en vigueur, n’est pas directement prévu par la LAT. La législation fédérale étant limitée aux principes (art. 75 al. 1 Cst.), elle n’exclut pas la possibilité pour le droit cantonal de régler cette question¹⁶. La jurisprudence fédérale avait du reste admis, avant la

¹⁵ La réglementation des art. 47 et 49 LATC reprend pour l’essentiel, respectivement, celle des anciens art. 77 et 79 LATC, qui étaient applicables jusqu’au 31 août 2018.

¹⁶ Voir aussi l’art. 22 al. 3 LAT, qui dispose que le droit cantonal peut poser d’autres conditions à l’octroi des autorisations de construire (autres que la conformité à la zone et l’équipement).

LAT, qu'un effet anticipé négatif d'un projet de plan pouvait être compatible avec la garantie de la propriété s'il reposait sur une base légale en droit cantonal¹⁷.

L'effet anticipé négatif a d'abord été conçu comme une mesure conservatoire (ou provisionnelle) dans la procédure d'établissement des plans d'affectation ordinaires – par exemple quand il faut refuser un permis de construire pour un projet non conforme à un futur plan d'affectation détaillé réglant différemment l'implantation ou le volume des constructions, ou encore quand un projet de construction démesuré révèle la nécessité de mieux définir les mesures de planification. La jurisprudence cantonale a cependant admis qu'un projet de plan de zone réservée puisse également déployer un effet anticipé au sens des art. 47 et 49 LATC. Même si la zone réservée n'est elle-même qu'une mesure conservatoire, elle est comparable de ce point de vue à une autre zone du plan d'affectation. Mesure conservatoire de portée générale dans un périmètre déterminé, elle peut être combinée avec une mesure conservatoire de type individuel, tel l'effet anticipé, qui gèle temporairement une demande de permis de construire¹⁸. La combinaison des mesures conservatoires des art. 46, 47 et 49 LATC permet ainsi d'empêcher efficacement qu'un projet de construction soit réalisé dans une zone à bâtir dont l'affectation pourrait être modifiée à cause du nouvel art. 15 LAT, et donc que cette révision du plan d'affectation soit partiellement compromise. Dès qu'une zone réservée est envisagée, elle peut déployer ses effets de manière anticipée.

IV. La limitation dans le temps des mesures conservatoires

De même que la zone réservée a une durée de validité limitée (art. 27 al. 2 LAT), l'effet anticipé des art. 47 et 49 LATC ne permet de geler une demande de permis de construire que pendant un temps déterminé. Lorsque cette mesure conservatoire est appliquée avant la mise à l'enquête publique du projet de plan d'affectation (plan en voie d'élaboration), ce plan doit être mis à l'enquête publique dans les 14 mois qui suivent la décision de refus du permis de construire ; ensuite, le plan d'affectation doit être adopté dans les 12 mois suivant la fin de l'enquête publique (art. 47 al. 2 LATC et art. 49 al. 2 LATC). La sanction d'une inobservation de ces délais est la suivante : le requérant peut renouveler sa demande de permis de construire et la municipalité doit alors statuer dans les trente jours (art. 47 al. 3 LATC). Si le constructeur ne renouvelle pas sa demande de permis, la

¹⁷ Cf. ATF 100 Ia 157 consid. 5a ; ATF 100 Ia 147 consid. 2 ; ATF 118 Ia 510 consid. 4.

¹⁸ Cf. notamment arrêts CDAP AC.2015.0326 du 7 juin 2016 ; AC.2017.0294 du 15 mars 2018.

procédure administrative prend fin ; en d'autres termes, la procédure d'autorisation n'est pas simplement suspendue¹⁹.

Lorsque le droit cantonal prévoit l'effet anticipé négatif d'un projet de plan d'affectation, il est nécessaire que cette mesure soit limitée dans le temps, car il s'agit par nature d'un blocage temporaire. Les délais fixés par les art. 47 et 49 LATC, de caractère impératif, sont destinés à limiter strictement l'effet paralysant pour le projet de construction du propriétaire concerné, censé être conforme au droit en vigueur. Ils ne sont donc pas suspendus pendant une éventuelle procédure de recours²⁰.

V. L'effet anticipé facultatif ou obligatoire

La réglementation de l'effet anticipé, dans la LATC, n'est pas identique quand la demande de permis de construire intervient avant, ou au contraire après la mise à l'enquête publique du projet de plan d'affectation (ou de zone réservée). Avant la mise à l'enquête publique, cette mesure conservatoire est facultative : la municipalité a la possibilité de refuser ou au contraire d'accorder le permis de construire. Dès que l'enquête publique a eu lieu, la municipalité a l'obligation de refuser son autorisation pour un projet incompatible avec la zone réservée ou le nouveau plan d'affectation. Cette différence résulte clairement du texte des art. 47 et 49 LATC²¹. Elle se justifie parce qu'avant la mise à l'enquête publique, le projet de plan n'est pas nécessairement abouti, il peut évoluer et, de toute manière, il n'a pas été porté officiellement à la connaissance de tous²². L'art. 47 LATC ne confère cependant pas un pouvoir discrétionnaire à la municipalité. Un refus de permis de construire fondé sur cette disposition suppose que l'intention de réviser la réglementation en vigueur, avec le cas échéant une zone réservée, ait fait l'objet d'un début de concrétisation, au moins sous la forme d'études préliminaires ; on doit pouvoir constater une volonté claire de l'autorité de modifier la planification en vigueur. Il faut en outre que les circonstances de fait ou la situation juridique se soient sensiblement modifiées depuis l'adoption du plan d'affectation actuel, pour qu'une adaptation de celui-ci paraisse nécessaire. En d'autres termes, la révision doit répondre à un réel besoin de planification²³. Mais, compte tenu des concepts juridiques indéterminés utilisés par l'art. 47 LATC – le risque que soit compromise une modification de plan envisagée –, la municipalité jouit d'une grande latitude de jugement et d'un pouvoir d'appréciation

¹⁹ Dans d'autres cantons, il est prévu une suspension de l'examen des demandes d'autorisation – voir à ce propos RUCH, n. 12 ad art. 27 LAT. Le régime du droit vaudois est plus rigoureux.

²⁰ Cf. arrêt CDAP AC.2017.2037 du 29 novembre 2018, consid. 4a ; DIDISHEIM, p. 3.

²¹ Les anciens art. 77 et 79 LATC avaient une portée analogue.

²² Cf. BIANCHI, p. 399.

²³ Cf. arrêt TF 1C_380/2018 du 8 avril 2019, consid. 2.2.

important. Elle n'est cependant pas libre d'agir comme bon lui semble. D'après la jurisprudence cantonale, elle ne peut ni renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation ni faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif, notamment la légalité, la bonne foi, l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. L'autorité est également liée par des critères qui découlent du sens et du but de la réglementation applicable²⁴.

Dans une situation où l'établissement d'une zone réservée est envisagé par la municipalité, cette autorité peut donc en principe délivrer des permis de construire pour des bâtiments dont la réalisation, d'après elle, ne compromettrait en définitive pas la future révision du plan d'affectation (singulièrement, le redimensionnement des zones à bâtir). Mais, malgré la nature potestative ou facultative de l'effet anticipé de l'art. 47 LATC, les opposants ont alors la possibilité de contester l'octroi d'un permis de construire en faisant valoir que la mesure conservatoire aurait dû être appliquée. Saisi d'un recours, le Tribunal cantonal peut annuler ce permis si, en appréciant l'ensemble des circonstances (la situation de la parcelle, les objectifs de protection du site, l'importance du bâtiment, etc.), il parvient à la conclusion que la municipalité devait appliquer l'effet anticipé négatif du projet de zone réservée²⁵. Ainsi, dès que le besoin de révision du plan d'affectation a été admis et que des démarches concrètes ont été effectuées en vue de l'adoption d'une zone réservée, la municipalité n'est plus totalement libre d'appliquer ou non la mesure conservatoire de l'art. 47 LATC. L'autorité cantonale de recours n'est pas pour autant autorisée à substituer sa propre appréciation à celle de la commune, notamment dans la mesure où il s'agit de prendre en considération des circonstances locales²⁶.

Il convient encore de préciser ici que lorsque, devant le Tribunal cantonal, la contestation porte sur un refus de permis de construire fondé sur l'art. 47 LATC (effet anticipé d'un plan en voie d'élaboration, avant l'enquête publique), l'autorité de recours n'est pas tenue d'appliquer l'art. 49 LATC si, dans l'intervalle, le plan envisagé a été mis à l'enquête publique. Le contrôle judiciaire porte sur la mesure conservatoire entrant en considération le jour où la municipalité a statué sur la demande de permis de construire. En d'autres termes, l'autorité de recours ne doit pas appliquer l'effet anticipé négatif

²⁴ Cf. arrêts CDAP AC.2017.0223 du 27 juin 2018 consid. 2b ; AC.2016.0305 du 3 août 2017 consid. 2c/aa.

²⁵ Cf. arrêts CDAP AC.2017.0223 du 27 juin 2018, TF 1C_380/2018 du 8 avril 2019.

²⁶ Cela découle de l'autonomie communale (art. 139 let. d de la Constitution cantonale) et du principe exprimé à l'art. 2 al. 3 LAT, selon lequel les autorités locales doivent disposer de la liberté d'appréciation nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches en matière d'aménagement du territoire (cf. ATF 117 Ia 430 consid. 4a ; arrêt TF 1C_499/2017 du 19 avril 2018 consid. 3.1). Dans une affaire récente, le TF a considéré que la CDAP n'avait pas violé ces principes en annulant un permis de construire, parce que la municipalité aurait dû opposer à un projet de construction l'effet anticipé de la zone réservée non encore mise à l'enquête publique : TF 1C_380/2018 du 8 avril 2019.

obligatoire de l'art. 49 LATC mais elle doit contrôler si la municipalité a fait un bon usage de son pouvoir d'appréciation à propos de l'effet anticipé facultatif de l'art. 47 LATC²⁷.

VI. Les mesures conservatoires prises par l'autorité cantonale de planification

L'art. 46 al. 1 LATC habilite également le département cantonal en charge de l'aménagement du territoire à établir une zone réservée. Cette intervention ne viole en principe pas l'autonomie communale quand il apparaît clairement que le plan d'affectation de la commune devra être révisé, à cause du surdimensionnement de la zone à bâtir. Le projet de zone réservée cantonale déploie l'effet anticipé négatif prévu aux art. 47 et 49 LATC. La loi cantonale confère au département cantonal le droit de recourir contre une décision d'une municipalité accordant un permis de construire (art. 104a LATC) ; si la municipalité délivre un permis en faisant abstraction de l'effet anticipé d'un projet de zone réservée (cantonale ou communale), le département a donc la possibilité de contester cette autorisation. On peut relever qu'avec le nouvel art. 47 LATC (depuis le 1^{er} septembre 2018), le législateur a supprimé la disposition permettant expressément au département d'opposer en quelque sorte un veto à la délivrance d'un permis de construire par la municipalité, lorsqu'il allait à l'encontre d'un plan d'affectation cantonal ou d'une zone réservée cantonale envisagés (l'opposition du département liait l'autorité communale selon l'ancien art. 77 al. 1 *in fine* LATC). Le département conserve néanmoins la possibilité de s'opposer durant l'enquête publique puis d'exercer ensuite son droit de recours pour faire valoir l'effet anticipé négatif du plan cantonal envisagé²⁸.

²⁷ Cf. arrêt CDAP AC.2016.0165 du 29 juin 2017 consid. 12 ; cf. aussi ATF 118 Ia 510.

²⁸ Dans ce contexte, on peut relever que lors de l'adoption de la LATC en 1985, le législateur avait prévu la disposition transitoire suivante, à l'art. 134 LATC : « Dans les zones à bâtir, le département peut s'opposer à la délivrance d'un permis de construire s'il s'agit d'une zone manifestement trop étendue [...] ; dans ce cas, l'État doit, dans les trois mois qui suivent son opposition, soumettre à l'enquête publique une zone réservée. » D'après un arrêt récent de la CDAP, cette disposition transitoire était destinée à s'appliquer dans la période où les premiers plans d'affectation conformes à la LAT devaient être établis (en principe 8 ans dès le 1^{er} janvier 1980) ; elle n'est plus censée s'appliquer au-delà de cette période (arrêt AC.2018.0208 du 18 janvier 2019, consid. 8). L'art. 134 LATC ne paraît donc plus constituer, à l'heure actuelle, un fondement pour des mesures conservatoires.

VII. La combinaison des mesures conservatoires (zone réservée et effet anticipé)

En définitive, le droit fédéral et le droit cantonal vaudois offrent aux autorités chargées de l'aménagement du territoire la possibilité de prendre plusieurs mesures conservatoires. La zone réservée, qui fait échec à certains projets de construction déjà avant son entrée en vigueur grâce à l'effet anticipé des art. 47 et 49 LATC, peut aboutir à un moratoire d'une certaine durée, qui devrait être suffisante pour garantir le bon déroulement et l'efficacité d'un processus complexe de redimensionnement de la zone à bâtir d'une commune. Si les autorités communales tardent à ordonner des mesures conservatoires, le département cantonal peut lui-même imposer une zone réservée. Après cette zone provisoire, communale ou cantonale, le nouveau plan d'affectation pourra lui aussi déployer un effet anticipé négatif jusqu'au terme de la procédure d'adoption et d'approbation cantonale. La combinaison de ces diverses mesures conservatoires est donc de nature à empêcher toute construction susceptible d'entraver l'établissement du nouveau plan d'affectation ou de compromettre sa réalisation.

Un moratoire de longue durée tout comme une suspension durable de l'examen d'une demande de permis de construire constituent une atteinte sensible aux droits des propriétaires fonciers. Le principe de la proportionnalité doit être pris en considération. Il implique notamment qu'une interdiction de bâtir ne doit pas paralyser un projet qui ne compromet pas la planification envisagée²⁹. Le règlement de la zone réservée peut fixer des limites à l'interdiction de construire ; il peut ainsi prescrire que les restrictions ne s'appliquent pas à d'anciennes demandes de permis de construire, par exemple quand la mise à l'enquête publique de projet de construction est intervenue avant la mise à l'enquête publique de la zone réservée³⁰. Le règlement peut aussi traiter spécialement la situation des bâtiments existants, en autorisant des transformations et des agrandissements³¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral l'affirme régulièrement : la réduction des zones à bâtir surdimensionnées relève d'un intérêt public important, susceptible de l'emporter sur l'intérêt public à la stabilité des plans ainsi sur les intérêts privés des propriétaires fonciers. En raison de cet intérêt public, les mesures conservatoires, dont la durée est limitée, seront souvent jugées compatibles avec la garantie de la propriété³².

²⁹ Cf. arrêts TF 1C_380/2018 du 8 avril 2019 consid. 2.2 ; 1C_528/2011 du 27 avril 2012 consid. 2.2.

³⁰ Cf. arrêts TF 1C_244/2017 du 17 avril 2018 consid. 3.2.2 ; CDAP AC.2017.0294 du 15 mars 2018.

³¹ Cf. arrêt CDAP AC.2018.0233 du 21 janvier 2019.

³² Cf. notamment ATF 144 II 141 consid. 5.2 ; arrêt TF 1C_67/2018 du 4 mars 2019 consid. 2.1.

VIII. Le refus d'un permis de construire résultant d'un contrôle préjudiciel du plan d'affectation

Dans les communes dotées de zones à bâtir surdimensionnées, au sens de l'art. 15 al. 2 LAT, les différentes mesures conservatoires évoquées plus haut devraient suffire à éviter l'utilisation pour la construction de terrains destinés à être déclassés en zone agricole ou en zone à protéger. Si l'autorité communale ne réagit pas, le département cantonal peut intervenir et, quand la situation est claire, le Tribunal cantonal peut annuler un permis de construire au motif que la municipalité a refusé à tort d'appliquer l'effet anticipé négatif d'un plan d'affectation envisagé (zone réservée ou plan ordinaire). Sans appliquer ces mesures conservatoires, l'autorité de recours pourrait aussi, lorsqu'un permis de construire est attaqué, se prononcer directement sur la validité du plan d'affectation en vigueur ou sur sa conformité au droit supérieur (les nouvelles règles de la LAT sur la délimitation des zones à bâtir). Si tel n'est pas le cas, parce que l'art. 15 al. 2 LAT n'a pas encore été mis en œuvre ou pour un autre motif tiré du droit fédéral, le permis de construire serait refusé ou annulé, nonobstant la conformité du projet au plan d'affectation en vigueur.

Cette question – la possibilité d'un contrôle préjudiciel ou incident d'un plan d'affectation à l'occasion d'un acte d'application – a été discutée dès l'entrée en vigueur de la LAT en 1980. Le plan d'affectation définit de façon obligatoire le mode d'utilisation du sol, à l'égard d'un nombre indéterminé de propriétaires et d'autres intéressés (cf. art. 14 al. 1 et art. 21 al. 1 LAT). De ce point de vue, cet instrument a les caractéristiques d'une norme générale et abstraite. Il s'agit toutefois d'un acte *sui generis*, qui à d'autres égards présente les caractéristiques d'une décision administrative. En effet, pour les questions d'ordre procédural (la protection juridique, notamment), le régime juridique du plan d'affectation s'inspire plutôt de celui de la décision, tandis que pour les questions d'ordre matériel, plutôt de celui de la norme³³. La jurisprudence fédérale a précisé, en fonction des questions à résoudre (droit d'être entendu, voies de recours, possibilité de demander la révision, etc.) ce qu'impliquait concrètement la nature juridique particulière du plan d'affectation. Peu après l'entrée en vigueur de la LAT en 1980, le Tribunal fédéral a posé la règle selon laquelle la légalité d'un plan d'affectation ne peut en principe être contestée que dans un recours formé au moment de la procédure d'adoption du plan³⁴. Cette règle, qui exclut en principe le contrôle incident ou préjudiciel d'un plan d'affectation dans la procédure relative à un permis de construire, a cependant d'emblée été précisée : un tel contrôle est admis, à titre exceptionnel, lorsque les conditions d'un réexamen du plan d'affectation au sens de l'art. 21 al. 2 LAT sont réu-

³³ Cf. MOOR/POLTIER, p. 534.

³⁴ ATF 106 Ia 183.

nies et que l'intérêt public au maintien des restrictions imposées aux propriétaires concernés pourrait avoir disparu³⁵.

Le droit fédéral connaît le principe de la stabilité des plans d'affectation, déduit de l'art. 21 al. 2 LAT. Aux termes de cette disposition, lorsque les circonstances se sont sensiblement modifiées, les plans d'affectation feront l'objet des adaptations nécessaires. La modification sensible des circonstances peut être purement factuelle – à propos du développement effectif de la commune, des évolutions économiques ou sociologiques, des modifications du réseau d'équipement, etc. – mais elle peut aussi être d'ordre juridique, comme une modification législative, une révision du plan directeur cantonal ou même une évolution de la jurisprudence³⁶. Cela étant, il existe à l'égard du plan une attente de stabilité juridique ; c'est un aspect du principe de la sécurité du droit, dont peuvent se prévaloir tant les propriétaires fonciers que les autorités chargées de mettre en œuvre la planification, qui comptent sur une certaine permanence des plans d'aménagement³⁷. En résumé, le plan d'affectation ne doit pas pouvoir être modifié sans raisons pertinentes et l'autorité doit procéder à une pesée des intérêts, comme c'est le cas pour la révocation des décisions³⁸.

On admet actuellement qu'il existe un intérêt public important à réduire les zones à bâtir surdimensionnées. Ce n'est cependant pas parce que le nouvel art. 15 al. 2 LAT fixe expressément cet objectif que la modification législative de 2014 représente, à elle seule, un changement sensible des circonstances propre à justifier un contrôle préjudiciel d'un plan d'affectation en vigueur, quand l'autorité de recours doit contrôler la validité d'un permis de construire. Cela ne s'impose que si d'autres circonstances s'ajoutent à cette évolution juridique. D'après la jurisprudence, il faut tenir compte notamment de la localisation de la parcelle concernée par rapport à la zone à bâtir existante, du niveau d'équipement de la parcelle et de la date d'entrée en vigueur du plan d'affectation³⁹.

En définitive, même là où il est établi que les zones à bâtir sont surdimensionnées, la règle reste valable selon laquelle le contrôle incident ou préjudiciel d'un plan d'affectation dans le cadre d'une procédure relative à un acte d'application est en principe exclu⁴⁰. Cela étant, si la situation est claire – par exemple : terrain non construit, non équipé, éloigné du village, dans un paysage à protéger, dans une commune aux zones à bâtir largement surdimensionnées –, on voit mal comment les mesures conserva-

³⁵ Cf. notamment ATF 144 II 41 consid. 5.1 ; ATF 131 II 103 consid. 2.4.1. À propos des autres situations particulières où le contrôle incident est admis, cf. BOVAY/KILANI p. 37 ss.

³⁶ Cf. TANQUEREL, n. 44-45 ad art. 21 LAT ; arrêt TF 1C_213/2018 du 23 janvier 2019 consid. 5.2.

³⁷ Cf. ATF 132 II 408 consid. 4.2 ; arrêt TF 1C_98/2018 du 7 mars 2019 consid. 5.1.

³⁸ Cf. BESSE, p. 117.

³⁹ Cf. ATF 144 II 41 consid. 5.2 ; arrêts TF 1C_22/2016 du 4 avril 2019, consid. 9 ; 1C_244/2017 du 17 avril 2018 consid. 3.1.2.

⁴⁰ Cf. arrêt TF 1C_67/2018 du 4 mars 2019 consid. 2.1.

toires des art. 46 ss LATC pourraient ne pas être ordonnées. Les tiers qui s'opposent à l'octroi du permis de construire, en demandant le contrôle préjudiciel du plan d'affectation, peuvent aussi faire valoir que l'effet anticipé d'un projet de zone réservée, là où cette mesure a été envisagée, n'a pas été appliqué alors que cela s'imposait⁴¹.

Le contrôle indirect des plans ne peut donc intervenir qu'à titre exceptionnel et ce n'est que dans une situation où il apparaît manifestement que le terrain concerné devra être déclassé, en fonction de sa localisation ou d'autres circonstances démontrant le caractère obsolète du plan d'affectation actuel, que l'autorité de recours pourra annuler le permis de construire en se référant à l'art. 15 al. 2 LAT. Il faut relever que si la situation est évidente, la nécessité d'adopter des mesures conservatoires s'impose d'emblée. Les autorités de planification ont alors l'obligation d'appliquer ces mesures conservatoires, ce qui crée en définitive une situation juridique plus claire⁴². En effet, si après contrôle incident du plan, le recours est admis, seule la décision sur le permis de construire peut être annulée ; il n'est cependant pas évident de déterminer quel régime juridique est applicable dans la zone concernée, si sa réglementation est qualifiée de contraire au droit supérieur. Il peut en effet y avoir une incertitude quant aux possibilités de transformer les bâtiments existants, ou sur d'autres aspects, si l'on doit considérer que le plan en vigueur est inapplicable⁴³. En outre, contrairement au régime des mesures conservatoires des art. 46 ss LATC, la loi ne fixe aucun délai pour adapter le plan d'affectation contraire au droit supérieur, ni pour mettre un terme au blocage résultant du contrôle incident.

Conclusion

L'aménagement du territoire est un processus continu et les différentes affectations du sol doivent s'adapter aux circonstances changeantes ; c'est pourquoi les plans d'affectation sont des instruments dynamiques, en mouvement. La garantie de la propriété et la nécessité d'une certaine prévisibilité sont toutefois des intérêts légitimes, propres à justifier, du point de vue des particuliers et des autorités locales, une certaine stabilité des plans d'affectation. La tâche des autorités est de trouver, continuellement, un compromis entre ces exigences contradictoires. Dans le processus de redimensionnement des

⁴¹ Cf. arrêt CDAP AC.2017.0223 du 27 juin 2018 consid. 2g ; arrêt TF 1C_380/2018 du 8 avril 2019 consid. 2.5. Dans cette jurisprudence, il a été retenu que l'obligation imposée à la municipalité de faire usage de la disposition potestative de l'art. 47 LATC (ancien art. 77 LATC) était liée à l'obligation de procéder à un examen préjudiciel de la planification pour refuser le permis.

⁴² Dans ce sens, cf. BOVAY/KILANI, p. 48.

⁴³ Si, après contrôle incident du plan, l'autorité de recours annule un refus de permis de construire, la situation juridique est un peu plus claire : l'autorité administrative devra réexaminer la demande de permis en se fondant sur ce qu'aurait dû être un plan régulier. Cf. MOOR/POLTIER, p. 535.

zones à bâtir engagé à partir de 2014, les procédures d'adaptation des plans seront longues et compliquées. Il importe que ce travail de révision puisse être protégé grâce à des mesures conservatoires efficaces. La législation cantonale vaudoise, qui ajoute à la zone réservée de l'art. 27 LAT l'effet anticipé négatif des plans en voie d'élaboration, fournit les instruments nécessaires aux autorités chargées de l'aménagement du territoire.

Bibliographie

- BESSE Marc-Olivier, *Le régime des plans d'affectation*, thèse Lausanne 2010.
- BIANCHI Manuel, Réflexions autour des mesures provisionnelles à l'occasion de la révision d'un plan d'aménagement local, *ZBI* 88/1987 p. 396.
- BOVAY Benoît / KILANI Feryel, Le contrôle incident des plans d'affectation lors de la procédure de permis de construire, *RDAF* 2016 I p. 32.
- DIDISHEIM Raymond, Le permis de construire face à l'adaptation des plans et règlements en droit vaudois de la construction, *RDAF* 2010 I p. 3.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd. Berne 2011.
- RUCH Alexander, *Commentaire pratique LAT*, Art. 27 (Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [édit.]), Genève/Zurich/Bâle 2016.
- TANQUEREL Thierry, *Commentaire pratique LAT*, art. 21 (Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [édit.]), Genève/Zurich/Bâle 2016.
- WASER Franziska, *La réduction de la zone à bâtir surdimensionnée selon l'art. 15 al. 2 LAT*, thèse Fribourg 2018.

Neues zu Wald und Raumplanung

Inhalt

Seite

Einleitung	922
I. Wald und Raumplanung im Waldgesetz von 1991	922
A. Das Verhältnis von Wald und Nutzungszonen	922
1. Grundsätzlich dynamischer Waldbegriff	922
2. Feste Waldgrenzen im Bereich der Bauzonen	922
B. Einbezug von Wald in Nutzungspläne	923
C. Ausgleich von erheblichen Vorteilen	924
D. Baubewilligungspflicht für Vorhaben im Wald	924
II. Neues zu Wald und Raumplanung in der Gesetzgebung	925
A. Änderungen in der Waldgesetzgebung	925
1. Feste Waldgrenzen ausserhalb der Bauzonen	925
2. Neuregelung der Rodungsbewilligungskompetenzen	926
3. Baubewilligungsvoraussetzungen für forstliche Bauten und Anlagen	926
B. Änderungen im Raumplanungsgesetz	927
1. Mindestsatz für den Mehrwertausgleich	927
2. Grundsätze der Koordination	927
III. Neues zu Wald und Raumplanung in der Rechtsprechung	928
A. Änderung von festen Waldgrenzen	928
B. Waldrodungen zur Schaffung von Nutzungszonen	929
1. Bedeutung des Rodungszwecks	929
2. Waldrodungen für Bauzonen	929
3. Waldrodungen zur Kiesausbeutung	930
C. Erstellung eines Seilparks im Wald	931
Schlussbetrachtung	932
Literatur	932

* Dr. iur., Fürsprecher, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Titularprofessor an der Universität Bern.

Einleitung

Der vorliegende Aufsatz soll einen Überblick über die gesetzliche Regelung des Verhältnisses von Wald und Raumplanung im Waldgesetz (WaG) von 1991 (in Kraft seit 1. Januar 1993) sowie die seitherigen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung geben. Dabei wird mitunter auf die neuen Bestimmungen über den Ausgleich von Planungsvorteilen im Raumplanungsgesetz (RPG) eingegangen, die Etienne POLTIER im Praxiskommentar RPG gerade auch mit ihren Auswirkungen auf die entsprechende Regelung im WaG besprochen hat.

I. Wald und Raumplanung im Waldgesetz von 1991

A. Das Verhältnis von Wald und Nutzungszonen

1. Grundsätzlich dynamischer Waldbegriff

Als Wald gilt jede Fläche, die mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockt ist und Waldfunktionen erfüllen kann (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 WaG). Wald ist also – anders als kantonale Nutzungszonen nach RPG oder Biotop- und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung nach dem Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) – räumlich nicht fest abgegrenzt. Vielmehr besteht und entsteht Wald im Grundsatz dort, wo eine Fläche die in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 WaG genannten qualitativen Merkmale erfüllt und kann damit durchaus in offenes Land vordringen (sog. dynamischer Waldbegriff).¹ Von kantonalen Nutzungszonen unterscheidet sich der Wald zusätzlich dadurch, dass seine Ausdehnung bundesrechtlich bestimmt ist, er damit den kantonalen Nutzungszonen vorgeht (Art. 18 Abs. 3 RPG).²

2. Feste Waldgrenzen im Bereich der Bauzonen

Im Bereich der Bauzonen rückte das WaG allerdings vom bis dahin durchwegs geltenden dynamischen Waldbegriff ab. Seither sind im Nutzungsplan nach RPG feste Grenzen zwischen Wald und Bauzonen einzutragen (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 Bst. a

¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29. Juni 1988, BBl 1988 III 173 ff. (Botschaft WaG), S. 189; BGE 116 Ib 185 E. 4b S. 189; JAISSE, S. 96 ff.; JENNI, S. 31; KELLER, Waldgesetzgebung, S. 145; MUGGLI, Art. 18 N 42; zu Entstehung und Entwicklung des dynamischen Waldbegriffs BLOETZER, S. 76 ff.

² BGE 116 Ib 469 E. 2c, 113 Ib 353 E. 4c, 112 Ib 256 E. 2; KELLER, Waldgesetzgebung, S. 145; MUGGLI, Art. 18 N 41; WALDMANN/HÄNNI, Art. 18 N 55.

WaG). Neue Bestockungen, welche (aus der Sicht des Waldes) ausserhalb der im Nutzungsplan festgelegten Waldgrenzen entstehen, also in der Bauzone liegen, gelten nicht als Wald (Art. 13 Abs. 2 WaG). Wurden allerdings Grundstücke im Rahmen der Revision eines Nutzungsplans aus der Bauzone entlassen, so war die Frage, ob es sich um Wald handelt, zu überprüfen (Art. 13 aAbs. 3 WaG; in Kraft bis 30. Juni 2013; zur Neufassung von Art. 13 Abs. 3 WaG hinten II.A.1.).³

B. Einbezug von Wald in Nutzungspläne

Art. 12 WaG hält fest, dass die Zuweisung von Wald zu einer Nutzungszone einer Rodungsbewilligung bedarf. Angesprochen ist mit dieser Bestimmung in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Notwendigkeit der Koordination des Rodungsbewilligungsverfahrens mit der Nutzungsplanung und anderen Bewilligungsverfahren. Es ist von der Planungsbehörde vor ihrem Entscheid eine verbindliche Stellungnahme der Rodungsbewilligungsbehörde nach dem Modell von Art. 21 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) einzuholen, soweit – wie heute im Bund und in vielen Kantonen – die verschiedenen Verfahren zur Bewilligung eines Vorhabens nicht ohnehin nach einem Konzentrationsmodell koordiniert werden. Art. 12 WaG und Art. 21 UVPV hatten sodann Bedeutung für die Koordination der Verfahren von Bund und Kantonen, solange die Kantone Rodungen von bis und mit 5000 m² Wald und der Bund Rodungen von mehr als 5000 m² Wald bewilligten (aArt. 6 Abs. 1 WaG; in Kraft bis 31. Dezember 1999).⁴ In materiellrechtlicher Hinsicht ist der wesentliche Gehalt von Art. 12 WaG darin zu erblicken, dass dem einzig nach sachlichen Kriterien zu fällenden Rodungsentscheid gegenüber dem mitunter politischen Entscheid über die Nutzungsplanung wesentliches Gewicht zukommen soll, indem mit dem Instrument der Rodungsbewilligung der Nutzungsplanung zugunsten der Walderhaltung klare Schranken gesetzt werden können.⁵ Deutlich macht Art. 12 WaG sodann, dass eine Waldfläche durch Einzonung ohne Erteilung einer Rodungsbewilligung ihre Waldqualität nicht verliert.⁶ Umgekehrt wird mit Art. 5 Abs. 2 Bst. b WaG gesichert, dass Rodungsbewilligungen nur für Werke erteilt werden, welche die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich erfüllen.⁷

³ Zum Ganzen JAISSE, S. 99 ff.; KELLER, Waldgesetzgebung, S. 145.

⁴ Zum Ganzen BGE 122 II 81 E. 6b-d, 119 Ib 397 E. 6a S. 404; KELLER, Waldgesetzgebung, S. 148 f.; KELLER, Koordination, S. 260 ff.; in diesem Sinne auch JAISSE, S. 273 f.

⁵ BGE 122 II 81 E. 6d/ee/bbb S. 93; KELLER, Koordination, S. 272 ff.; so auch JAISSE, S. 293.

⁶ BGE 119 Ib 397 E. 6a S. 405.

⁷ BGE 119 Ib 397 E. 5b; Botschaft WaG, S. 191.

C. Ausgleich von erheblichen Vorteilen

Gemäss Art. 9 WaG sorgen die Kantone dafür, dass erhebliche finanzielle Vorteile, die durch die Erteilung von Rodungsbewilligungen (z.B. für den Kiesabbau oder für eine Erdgasleitung) entstehen, aber nicht nach Art. 5 RPG erfasst werden, angemessen ausgeglichen werden. Erfolgt eine Einzonung der Rodungsfläche, so richtet sich die Abschöpfung des Mehrwerts nach Art. 5 Abs. 1 RPG. Wird dagegen für das Projekt eine Ausnahmegewilligung für Bauten ausserhalb der Bauzone nach Art. 24 RPG erteilt, was nur für kleinere Vorhaben möglich ist, so haben die Kantone einen Ausgleich aufgrund von Art. 9 WaG vorzusehen.⁸ Die beiden Bestimmungen von Art. 5 Abs. 1 RPG und Art. 9 WaG unterscheiden sich damit bezüglich ihrer «Normbreite», also hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs.⁹ Etienne POLTIER schreibt Art. 9 WaG gegenüber Art. 5 RPG zu Recht auch «subsidiäre Bedeutung» zu;¹⁰ eine solche kam Art. 9 WaG bis anhin vorab in jenen (zahlreichen) Kantonen zu, die Art. 5 Abs. 1 RPG nicht vollzogen haben (zur subsidiären Bedeutung von Art. 9 WaG mit Bezug auf den neuen Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG hinten II.B.1.).

D. Baubewilligungspflicht für Vorhaben im Wald

Das WaG spricht sich zur Baubewilligungspflicht für Vorhaben im Wald nicht aus. Dagegen hält Art. 14 Abs. 1 der Waldverordnung (WaV) von 1992 (in Kraft seit 1. Januar 1993) fest, dass die zuständige kantonale Forstbehörde anzuhören ist, bevor Baubewilligungen für forstliche Bauten und Anlagen im Wald nach Art. 22 RPG erteilt werden. Ausserdem dürfen Ausnahmegewilligungen für nichtforstliche Kleinbauten und -anlagen im Wald nach Art. 24 RPG nur im Einvernehmen mit der zuständigen kantonalen Forstbehörde erteilt werden (Art. 14 Abs. 2 WaV). Art. 14 WaV geht damit vom Vorliegen einer Baubewilligungspflicht für Bauten und Anlagen im Wald aus.¹¹

Keine Regelung über die Baubewilligungspflicht für Vorhaben im Wald enthält Art. 11 WaG. Diese Bestimmung handelt vom Verhältnis von Rodungs- und Baubewilligung; sie befasst sich mit anderen Worten mit der Baubewilligungspflicht für Vorhaben auf Flächen, die aus dem Waldareal entlassen werden.

⁸ JAISSE, S. 166 f.; JENNI, S. 44.

⁹ Zum Ganzen KELLER, Waldgesetzgebung, S. 149.

¹⁰ POLTIER, Art. 5 N 127.

¹¹ Zur Baubewilligungspflicht für Bauten und Anlagen im Wald BGE 139 II 134 E. 5 = URP 2013 739, 123 II 499 E. 2, 118 Ib 335 E. 2b, 117 Ib 42 E. 3b S. 48; BGer 1C_359/2009 vom 2. Februar 2010 E. 2.2., in URP 2010 283; JAISSE, S. 278; JENNI, S. 10 und 13.

II. Neues zu Wald und Raumplanung in der Gesetzgebung

A. Änderungen in der Waldgesetzgebung

1. Feste Waldgrenzen ausserhalb der Bauzonen

Feste Waldgrenzen können seit dem 1. Juli 2013 auch ausserhalb der Bauzonen festgelegt werden in Gebieten, in denen der Kanton eine Zunahme des Waldes verhindern will (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 Bst. b WaG). Die betreffenden Gebiete sind gemäss Art. 12a WaV im kantonalen Richtplan zu bezeichnen. Anders als im Bereich der Bauzonen sollen feste Waldgrenzen ausserhalb der Bauzonen nicht flächendeckend festgelegt werden, sondern nur zur gezielten Verhinderung der unerwünschten Zunahme der Waldfläche aufgrund des Rückzugs der Landwirtschaft in den Alpen und Voralpen.¹² Es erscheint deshalb heikel, wenn gewisse Kantone in ihren Richtplänen das ganze Kantonsgebiet (Zürich, Aargau, Thurgau) oder jedenfalls grosse Teile des Kantonsgebiets mit Einschluss des Mittellandes (Bern) in ihren Richtplänen als Gebiete bezeichnen, in denen der Kanton eine Zunahme des Waldes verhindern will.¹³ Ob angesichts dieser undifferenzierten kantonalen Gebietsfestlegungen den Waldgrenzen ausserhalb der Bauzonen überhaupt die Bedeutung von festen Grenzen im Sinn von Art. 13 Abs. 2 WaG zukommen kann oder ob sie nicht vielmehr wie «normale» Waldfeststellungen gemäss Art. 10 Abs. 1 WaG bloss Bestand haben, solange sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht wesentlich geändert haben, erscheint zumindest fraglich.¹⁴ ¹⁵ Unabhängig davon sollen feste Waldgrenzen nach der neuen Fassung von Art. 13 Abs. 3 WaG bei der Änderung von Nutzungsplänen überprüft werden können, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Diese Regelung soll dazu beitragen, dass Waldgrenzen und faktische Waldverhältnisse nicht über lange Zeit voneinander abweichen.¹⁶ Sie gilt nicht mehr ausschliesslich bei der Entlassung von Grundstücken aus der Bauzone (so noch die frühere Fassung dieser Bestimmung; vorne I.A.2.), sondern ganz allgemein bei der Än-

¹² Parlamentarische Initiative Flexibilisierung der Waldflächenpolitik, Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 3. Februar 2011, BBl 2011 4397 ff. (Bericht Flexibilisierung der Waldflächenpolitik), S. 4404-4408 und 4418 f.

¹³ GRIFFEL, S. 229.

¹⁴ Vgl. zur kantonsweit undifferenzierten Festlegung von quantitativen Hilfskriterien für die Waldfeststellung und deren Folgen BGE 122 II 72 E. 3b/bb.

¹⁵ Zur Rechtsbeständigkeit von «normalen» Waldfeststellungsverfügungen JAISSELE, S. 84 und JENNI, S. 45.

¹⁶ Bericht Flexibilisierung der Waldflächenpolitik, S. 4419.

derung von Nutzungsplänen¹⁷ und zwar sowohl für die Überprüfung der Waldgrenzen im Bereich der Bauzonen als auch ausserhalb der Bauzonen. Die Frage, ob es sich um Wald handelt, wird dabei nach den Kriterien von Art. 2 WaG entschieden; es gilt also wieder der dynamische Waldbegriff.¹⁸

2. Neuregelung der Rodungsbewilligungskompetenzen

Seit dem 1. Januar 2000 erteilen die Bundesbehörden Rodungsbewilligungen, wenn sie über die Errichtung oder Änderung eines Werkes entscheiden, für das gerodet werden soll, und die kantonalen Behörden, wenn sie dafür zuständig sind (Art. 6 Abs. 1 WaG; zu den früheren Bewilligungskompetenzen vorne I.B.). Diese neue Regelung erging aufgrund des Koordinationsgesetzes (KoordG), das für Plangenehmigungsverfahren des Bundes flächendeckend ein Konzentrationsmodell einführt (z.B. Art. 18 ff. des Eisenbahngesetzes [EBG]). Immerhin muss die kantonale Behörde, die über eine Rodungsbewilligung entscheidet, das Bundesamt für Umwelt (BAFU) vorgängig anhören, wenn die Rodungsfläche grösser ist als 5000 m² (Art. 6 Abs. 2 Bst. a WaG); diese Bestimmung dient der Gewährleistung einer einheitlichen Rodungspraxis.¹⁹

3. Baubewilligungsvoraussetzungen für forstliche Bauten und Anlagen

Art. 13a Abs. 1 WaV bestimmt seit dem 1. Juli 2013, dass forstliche Bauten und Anlagen im Wald einer Baubewilligung nach Art. 22 RPG bedürfen und nennt Forstwerkhöfe, gedeckte Energieholzlager und – wie bereits Art. 2 Abs. 2 Bst. b WaG – Waldstrassen als Beispiele für forstliche Bauten und Anlagen. Art. 13a Abs. 2 WaV legt sodann die Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Bewilligung fest: Forstliche Bauten und Anlagen haben der regionalen Bewirtschaftung des Waldes zu dienen (Bst. a), ihr Bedarf muss ausgewiesen, ihr Standort zweckmässig und ihre Dimensionierung den regionalen Verhältnissen angepasst sein (Bst. b) und es dürfen der Bewilligung keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Bst. c). Abs. 3 dieser Bestimmung behält

¹⁷ VGer BE 100.2018.129 vom 8. November 2018 E. 2.1 und 2.2 (nicht rechtskräftig), 100.2016.150 vom 20. Dezember 2016 E. 4.2 und 4.3.

¹⁸ So bereits zur früheren Regelung von Art. 13 Abs. 3 WaG JENNI, S. 48 und KELLER, Waldgesetzgebung, S. 145.

¹⁹ Zum Ganzen Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 III 2591 ff. (Botschaft KoordG), S. 2607 f. und 2649 f.; WILD, S. 115 ff. und 128 ff.

schliesslich – wie Art. 22 Abs. 3 RPG – die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts vor.²⁰

B. Änderungen im Raumplanungsgesetz

1. Mindestsatz für den Mehrwertausgleich

Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG verlangt seit dem 1. Mai 2014, dass Planungsvorteile mit einem Satz von mindestens 20 Prozent ausgeglichen werden (Satz 1); dabei hat das kantonale Recht den Ausgleich so zu gestalten, dass mindestens Mehrwerte bei neu und dauerhaft einer Bauzone zugewiesenem Boden ausgeglichen werden (Satz 3). Wie Etienne POLTIER aufgezeigt hat, folgt aus dieser neuen Regelung des RPG für Art. 9 WaG dreierlei: Für den Mehrwertausgleich für die Zuweisung einer Waldfläche zu einer Bauzone gilt der Mindestsatz von 20 %, auch wenn sich dieser Ausgleich auf die Waldgesetzgebung stützen sollte. Spezialzonen wie Kiesabbauzonen werden von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG nicht erfasst. Der entsprechende Ausgleich erheblicher Vorteile lässt sich wie jener aufgrund von Rodungsbewilligungen für Vorhaben, die eine Ausnahmegewilligung für Bauten ausserhalb der Bauzone nach Art. 24 RPG erfordern, weiterhin auf Art. 9 WaG stützen.²¹

2. Grundsätze der Koordination

Seit dem 1. Januar 1997 müssen kantonale Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen zumindest nach den Grundsätzen von Art. 25a RPG formell und materiell koordiniert werden. Es ist eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination verantwortlich ist (Abs. 1).²² Diese sorgt in formeller Hinsicht insbesondere für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen (Abs. 2 Bst. b), holt von allen beteiligten Behörden Stellungnahmen zum Vorhaben ein (Abs. 2 Bst. c) und sorgt für eine inhaltliche Abstimmung sowie möglichst für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen (Abs. 2 Bst. d). Die Verfügungen dürfen keine Widersprüche enthalten (Abs. 3), sind also auch materiell, d.h. inhaltlich zu koordinieren. Gemäss Art. 25a Abs. 4 RPG sind diese Grundsätze sinngemäss für das Nutzungsplanverfahren anwendbar und damit auch für dessen Koordination mit dem Rodungsbewilligungsverfahren beim Einbezug von Wald in Nutzungspläne (Art. 12 WaG).²³

²⁰ Zu diesen Bewilligungsvoraussetzungen BGE 123 II 499 E. 2 und 3, 118 Ib 335 E. 2b; BGer 1C_359/2009 vom 2. Februar 2010 E. 2.2, in URP 2010 283; BGer 1A.78/2005 vom 19. Januar 2006 E. 4.1 und 4.2, in URP 2006 714; GRIFFEL, S. 235; KELLER, Waldgesetzgebung, S. 149 f.

²¹ POLTIER, Art. 5 N 127 i.V.m. N 51.

²² WILD, S. 126 mit Hinweisen.

²³ WALDMANN/HÄNNI, Art. 25a N 73.

III. Neues zu Wald und Raumplanung in der Rechtsprechung

A. Änderung von festen Waldgrenzen

Gemäss Art. 13 Abs. 3 WaG können feste Waldgrenzen überprüft werden, wenn die Nutzungspläne revidiert werden und sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben (vorne II.A.1.). Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat in zwei neueren Urteilen betreffend die Einwohnergemeinde Muri erkannt, dass diese Bestimmung ähnlich lautet wie jene von Art. 21 Abs. 2 RPG, wonach Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Da zu Art. 13 Abs. 3 WaG weder Literatur noch Judikatur bestehe, beide jedoch zu Art. 21 Abs. 2 RPG reichhaltig seien, sei auf diese zurückzugreifen. Demnach sei die Eigentümerschaft namentlich im Rahmen einer Teilrevision der Zonenordnung befugt, bei erheblich veränderten Verhältnissen eine Überprüfung der Pläne zu verlangen. Bei der Änderung von Nutzungsplänen seien zwei Stufen zu unterscheiden. In einem ersten Schritt werde beurteilt, ob sich die für die Planung massgebenden Verhältnisse seit der Planfestsetzung so erheblich geändert hätten, dass die Nutzungsplanung überprüft werden müsse. Lägen veränderte Verhältnisse vor, sei in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich aufgrund der veränderten Verhältnisse eine Plananpassung rechtfertige. Im ersten Urteil kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass sich die Verhältnisse seit der rechtskräftigen Waldfeststellung im Jahr 2008 erheblich geändert hätten, da von der für den Ausbau eines Wegs zur Erschliessung einer Bauzone gewährten Rodungsbewilligung kein Gebrauch gemacht worden war und die fragliche Fläche deshalb nach wie vor Wald im Rechtssinne darstelle. Die im Nutzungsplan eingetragene Waldgrenze stimme daher nicht mit der tatsächlichen Situation überein, weshalb zu prüfen sei, ob eine neue Waldfeststellung und in der Folge eine Anpassung des Nutzungsplans erforderlich seien. Da die Gemeinde aber in der Zwischenzeit ein neues Rodungsgesuch für den Ausbau der betreffenden Baulanderschliessung gestellt hatte, erkannte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im zweiten Urteil, es sprächen überwiegende Interessen für die vorläufige Beibehaltung der umstrittenen Waldgrenze, weshalb mit einer Plananpassung noch zuzuwarten sei.²⁴

²⁴ VGer BE 100.2018.129 vom 8. November 2018 E. 2.1, 2.2, 2.4 und 2.7 (nicht rechtskräftig), 100.2016.150 vom 20. Dezember 2016 E. 4.2, 4.3 und 4.7.

B. Waldrodungen zur Schaffung von Nutzungszonen

1. Bedeutung des Rodungszwecks

Im ersten der beiden erwähnten Urteile betreffend die Einwohnergemeinde Muri hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern betont, dass eine Rodungsbewilligung für ein bestimmtes Werk und den damit verbundenen Zweck erteilt wird (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b WaG). Werde die Rodungsbewilligung für den Ausbau eines Wegs zur Erschliessung der Bauzone nicht genutzt, werde die Rodungsbewilligung und damit die in Art. 12 WaG genannte Voraussetzung für den Einbezug der betreffenden Waldfläche in die Bauzone hinfällig.²⁵ Die Rodungsbewilligung durfte mit anderen Worten nicht für einen anderen Zweck – vorliegend die Erweiterung der Bauzone – verwendet werden.

2. Waldrodungen für Bauzonen

Im Leitentscheid betreffend die politische Gemeinde Ried-Brig betonte das Bundesgericht, nach dem neuen Art. 5 WaG seien Rodung ausdrücklich verboten (Abs. 1) und nur aufgrund einer Ausnahmegewilligung zulässig (Abs. 2). Die Bewilligungsvoraussetzungen entsprächen weitgehend jenen, die unter der früheren Forstpolizeigesetzgebung bereits galten und der dazu ergangenen Rechtsprechung; diese seien mit raumplanerischen Elementen ergänzt worden.²⁶ Die Voraussetzung der relativen Standortgebundenheit (Art. 5 Abs. 2 Bst. a WaG) sei erfüllt, «wenn das Werk Planvorstellungen entspricht, die sich auf eine Mehrzahl von Grundstücken beziehen, die nicht dem Waldrecht unterstehen»; dabei setze die Bejahung der Standortgebundenheit eine «umfassende Abklärung von Alternativstandorten» voraus.²⁷ Gefordert ist damit eine Standortevaluation, mit welcher der angebehrte Standort im Wald nach sachlichen Kriterien mit einer Mehrzahl von valablen Standorten ausserhalb des Walds verglichen wird.²⁸ Bei Rodungen zur Schaffung von Bauland handle es sich um Ausnahmen vom Grundsatz der Walderhaltung, denen in besonderem Masse präjudizielle Wirkung zukomme. Eine Bewilligung könne deshalb nur unter strengen Voraussetzungen erfolgen, etwa «in Gemeinden mit sehr grossem Waldanteil und wenig offenem Land», in denen ohne Inanspruchnahme von Wald eine der Raumplanungsgesetzgebung entsprechende bauliche Entwicklung

²⁵ VGer BE 100.2016.150 vom 20. Dezember 2016 E. 4.7 mit Hinweisen; dazu auch VGer BE 100.2018.129 vom 8. November 2018 E. 2.4 (nicht rechtskräftig).

²⁶ BGE 119 Ib 397 E. 5b S. 400 mit Hinweis auf die Botschaft WaG, S. 191.

²⁷ BGE 119 Ib 397 E. 6a S. 405 mit Hinweisen auf BGE 113 Ib 340 E. 3, 108 Ib 167 E. 5b und 98 Ib 489 E. 6.

²⁸ BGER 1C_648/2013 vom 4. Februar 2014 E. 4.1, in URP 2014 309 mit Anmerkung von Peter M. KELLER (S. 314 f.).

verhindert würde. Dabei müsse das Interesse an der Beanspruchung des Walds «durch die Ortsplanung überzeugend nachgewiesen worden sein».^{29 30}

3. Waldrodungen zur Kiesausbeutung

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat sodann in einem neuesten Urteil betreffend die Einwohnergemeinde Berken soweit ersichtlich erstmals im Zusammenhang mit einer Waldrodung zur Kiesausbeutung das Kriterium der Bodennutzungseffizienz fruchtbar gemacht. Es nimmt Bezug auf die Vollzugshilfe Rodungen und Rodungersatz des BAFU, wonach eine Bodennutzungseffizienz von unter 15 m (m^3/m^2) grundsätzlich als ungenügend erachtet wird, ausser in gewissen Regionen, insbesondere im Berggebiet, wo Kiesvorkommen wenig mächtige nutzbare Schichten aufweisen. Die Bodennutzungseffizienz sei ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung von Kiesabbauvorhaben im Wald; bei der Interessenabwägung komme ihr ein besonders hoher Stellenwert zu, dies sowohl mit Blick auf die Standortgebundenheit als auch auf die Frage, ob die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich erfüllt seien (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b WaG).³¹ Für die Berechnung der Bodennutzungseffizienz sei die Rodungsfläche und das unmittelbar darunter liegende nutzbare Rohstoffvolumen massgebend; eine allfällige Auffüllung dürfe nicht hinzugerechnet werden. Mit einem Wert von 7-8 m liege die Bodennutzungseffizienz im zu beurteilenden Fall deutlich unter dem Zielwert von 15 m gemäss Vollzugshilfe. Das Vorhaben sei nicht im Berggebiet geplant, sondern in einer Region des Mittellandes mit mächtigen Kiesschichten. Der Einbezug des Waldareals in den Abbauperimeter verstosse damit klar gegen das Gebot der haushälterischen Nutzung des Bodens (Art. 75 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV]; Art. 1 Abs. 1 RPG), weshalb die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich nicht erfüllt seien (Art. 5 Abs. 2 Bst. b WaG). Zwar spreche das Konzentrationsprinzip für die vollständige Ausbeutung bestehender Abbaustellen; dies gelte aber nur, wenn der Verbrauch des Bodens in einem sinnvollen Verhältnis zur Ausbeute stehe. Zudem seien nicht alle theoretisch möglichen Standorte ermittelt und miteinander verglichen worden, weshalb es an einer umfassenden Standortevaluation

²⁹ BGE 119 Ib 397 E. 6a S. 406 mit Hinweisen auf BGE 103 Ib 50 E. 5a, BGer vom 18. Februar 1987 E. 3c/cb, in ZBI 1987 498, BGer 1A.139/1992 vom 21. Januar 1993 (i.S. Sumvitg) und A.452/1987 und A.461/1987 vom 31. Mai 1989 (i.S. Uors-Peiden).

³⁰ Zu Waldrodungen für Bauzonen Lukas BÜHLMANN / Samuel KISSLING / Willi ZIMMERMANN / Giuseppe NAY, Waldrodung für Siedlungszwecke?, Rechtsgutachten für den Kanton Zürich, *VLP-ASPAN, Raum & Umwelt* Nr. 2/13; JAISSE, S. 196 ff.

³¹ VGer BE 100.2017.278U2 vom 19. März 2019 (zur Publ. in URP bestimmt) E. 2 mit Hinweisen auf BAFU, Vollzugshilfe Rodungen und Rodungersatz, Umwelt-Vollzug Nr. 1407, Bern 2014, S. 31 f. und Attilio R. GADOLA, Berücksichtigung der Bodennutzungseffizienz als rechtliche Voraussetzung für die Erteilung von Rodungsbewilligungen am Beispiel des Kiesabbaus, Rechtsgutachten, 2003, einsehbar unter: <www.bafu.admin.ch>, Rubriken «Themen/Wald und Holz/Rechtliche Grundlagen/Rechtsgutachten».

fehle. Die Standortgebundenheit nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a WaG setze voraus, dass in der Region keine zumutbaren Alternativstandorte ausserhalb des Waldes bestünden. Die Rodungsbewilligung für 2,3 Hektaren Wald sei aus diesen Gründen zu verweigern.³²

C. Erstellung eines Seilparks im Wald

Bereits vor ein paar Jahren hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern einen Seilpark mit verschiedenen Seilparcours innerhalb eines Seilparkperimeters von 6,9 Hektaren im Dählhölzliwald in der Stadt Bern zu beurteilen. Der Seilpark beanspruche nur punktuell Waldboden, weshalb er als nichtforstliche Kleinbaute bzw. -anlage (Art. 4 Bst. a WaV) anzusehen sei und einer Bewilligung für eine nachteilige Nutzung bedürfe (Art. 16 Abs. 2 WaG).³³ An die Standortgebundenheit seien dabei nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen, wie sie im Zusammenhang mit einer Rodungsbewilligung gelten (dazu vorne III.B.2.). Mangels ebenso geeigneter Standorte ausserhalb des Waldes seien Seilparks im Wald im Allgemeinen relativ standortgebunden. Immerhin sei deren genauer Standort im Wald näher zu prüfen; diesbezüglich liege eine genügende Standortevaluation vor und es sprächen zahlreiche Gründe für den gewählten Standort (sehr wichtige Erholungsfunktion des Waldes, Nähe zum öffentlichen Verkehr und zum Siedlungsgebiet, Anbindung an Velo- und Fusswege, Eignung des Waldbestandes).³⁴ Ausserdem sprächen wichtige Gründe für den Seilpark, indem er einerseits der Erholungsfunktion des Waldes diene und andererseits als Sport- bzw. Bewegungsanlage im öffentlichen Interesse liege; diese würden die geringfügigen Beeinträchtigungen der übrigen Waldfunktionen überwiegen. Die Bewilligungsvoraussetzungen seien deshalb zu Recht bejaht worden³⁵. Anders als für den Seilpark selbst sei für die Baute für Kasse, Kiosk und Ausrüstung eine bis ins Jahr 2030 befristete und damit temporäre Rodungsbewilligung erforderlich, die für die beanspruchte kleine Waldfläche von 175 m² ebenfalls erteilt werden könne.³⁶

³² VGer BE 100.2017.278U2 vom 19. März 2019 (zur Publ. in URP bestimmt) E. 3 mit Hinweisen, insbesondere auf BGer 1A.79/2002 vom 25. April 2003 E. 7.2 und 7.3.

³³ BVR 2014 451 E. 5.4 und 6.1 mit Bemerkungen von Peter LUDWIG (S. 478 f.) = URP 2014 707 (Hinweis).

³⁴ BVR 2014 451 E. 6.5 f. mit Bemerkungen von Peter LUDWIG (S. 479) = URP 2014 707 (Hinweis).

³⁵ BVR 2014 451 E. 6.7 f. mit Bemerkungen von Peter LUDWIG (S. 479) = URP 2014 707 (Hinweis).

³⁶ BVR 2014 451 E. 7 mit Bemerkungen von Peter LUDWIG (S. 479 f.) = URP 2014 707 (Hinweis).

Schlussbetrachtung

Unter der alten Forstpolizeigesetzgebung zeichnete sich das Verhältnis zum Raumplanungsrecht – wie sich der Bundesrat in seiner Botschaft zum WaG ausdrückte – durch ein «unkoordiniertes Nebeneinander» aus. Das Bundesgericht musste sich immer wieder mit der Koordination von Wald und Raumplanung befassen. Es war deshalb ein zentrales Anliegen des WaG, «der Raumplanung und dem Wald je den Platz zuzuweisen, der ihnen zukommt» und «die anzuwendenden Verfahren zu koordinieren».³⁷

Die Regelungen des WaG von 1991 zu Wald und Raumplanung haben für mehr Rechtssicherheit und eine einfachere und klarere Verfahrensordnung gesorgt. Die früher hohe Zahl von Rechtsstreitigkeiten bis vor Bundesgericht hat deutlich abgenommen, insbesondere was die Abgrenzung von Wald und Bauzonen anbelangt.³⁸

Mit den seitherigen Änderungen der Gesetzgebung sind weitere Schritte zur besseren Koordination der Verfahren geglückt. Im Lichte der kantonalen Umsetzung erscheint dagegen die neue Regelung über feste Grenzen ausserhalb der Bauzonen wenig durchdacht (vorne II.A.1.).³⁹

Mit dem Urteil Ried-Brig setzte das Bundesgericht gleich nach Inkrafttreten des WaG wichtige Leitplanken für die Rodungsbewilligungspraxis. Erst in letzter Zeit kommen wieder vermehrt interessante rechtliche Fragen zu Wald und Raumplanung zur gerichtlichen Beurteilung. Der Umstand, dass sich damit das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zu befassen hatte, gab dem Autor, der mit den betreffenden Beschwerden als Instruktionsrichter befasst war, die Idee zu diesem Aufsatz.

Literatur

BLOETZER Gotthard, *Walderhaltungspolitik – Entwicklung und Urteil der Fachleute*, Schriftenreihe Umwelt Nr. 364, Bern 2004.

GRIFFEL Alain, *Umweltrecht in a nutshell*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019.

JAISSE Stefan M., *Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung*, Diss. Zürich 1994.

JENNI Hans-Peter, *Vor lauter Bäumen den Wald doch noch sehen: Ein Wegweiser durch die neue Waldgesetzgebung*, Schriftenreihe Umwelt Nr. 210, Bern 1993.

KEEL Alois / ZIMMERMANN Willi, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Waldgesetzgebung 2000–2008, *URP* 2009 237 ff.

³⁷ Botschaft WaG, S. 195.

³⁸ KEEL/ZIMMERMANN, S. 274 f.

³⁹ GRIFFEL, S. 228 f.

- KELLER Peter M., Koordination zwischen Bund und Kantonen, *URP* 1991, S. 258 ff. (zit. KELLER, Koordination)
- KELLER Peter M., Rechtliche Aspekte der neuen Waldgesetzgebung, *AJP* 1993, S. 144 ff. (zit. KELLER, Waldgesetzgebung)
- MUGGLI Rudolf, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), *Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung*, Art. 18, Zürich/Basel/Genf 2016.
- POLTIER Etienne, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), *Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung*, Art. 5 Abs. 1–1^{sexies}, Zürich/Basel/Genf 2016.
- WALDMANN Bernhard / HÄNNI Peter, *Handkommentar RPG*, Bern 2006.
- WILD Florian, Die Rodungsbewilligung im Rahmen der Neuregelungen des Bundes über die Verfahrenskoordination und über die Aufsicht im Bereich der Walderhaltung, *ZBl* 2002 113 ff.

Le développement de la constitution environnementale

Sommaire

	Page
Introduction	935
I. La constitution environnementale au niveau fédéral	936
A. L'émergence et le développement de la constitution environnementale au XX ^e siècle	936
B. Le passage à la Constitution fédérale du 18 avril 1999	939
1. Les art. 73 à 80 Cst. féd.	939
2. Les autres dispositions de la constitution environnementale	941
C. Le développement de la constitution environnementale au XXI ^e siècle	942
D. Le développement des initiatives populaires en matière environnementale	942
II. Aperçu de la constitution environnementale au niveau cantonal	946
Conclusion	948

Introduction

Depuis plusieurs décennies, la Constitution fédérale s'est enrichie de dispositions ayant trait à la protection de l'environnement. Cet ensemble de normes peut être regroupé sous la notion de « constitution environnementale »¹. Celle-ci a émergé et s'est développée au sein de la Constitution fédérale du 29 mai 1874², avant de poursuivre sa croissance sous l'empire de l'actuelle Constitution³. Elle ne se limite pas toutefois au seul niveau fédé-

* Docteur en droit, avocat à Lausanne, chargé de cours à l'Université de Lausanne.

¹ Pour une utilisation de cette notion (« *Umweltverfassung* »), cf. notamment Luzius MADER, *Die Umwelt in neuer Verfassung? Anmerkungen zu umweltschutzrelevanten Bestimmungen der neuen Bundesverfassung*, *DEP* 2000, p. 105 ss (cf. également, du même auteur, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, *PJA* 1999, p. 698 ss) ; Felix UHLMANN, *Grundprinzipien der schweizerischen Umweltverfassung aus der Sicht des Wirtschaftsrechts*, *DEP* 2007, p. 706 ss.

² aCst. féd.

³ Constitution fédérale du 18 avril 1999, Cst. féd. ; RS 101.

ral : une très grande majorité des cantons ont intégré dans leur constitution des dispositions ayant trait à la protection de l'environnement.

Au cours des pages suivantes, nous retracerons l'évolution de la constitution environnementale sur le plan fédéral (I) et présenterons un aperçu des dispositions constitutionnelles cantonales en la matière (II), dans le but de mettre en exergue le développement constant du droit constitutionnel fédéral et cantonal en matière de protection de l'environnement. Par ce biais, nous souhaitons rendre compte d'un « droit public en mouvement », pour faire écho au titre des Mélanges offerts au Professeur Etienne POLTIER auxquels nous avons le plaisir de contribuer.

I. La constitution environnementale au niveau fédéral

Au niveau fédéral, la grande majorité des dispositions de la constitution environnementale sont apparues progressivement sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (A), avant d'être reprises, le cas échéant avec quelques modifications, dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (B). Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, la constitution environnementale continue son développement (C). De nombreuses initiatives populaires sont également proposées dans différents domaines ayant trait à la protection de l'environnement (D).

A. L'émergence et le développement de la constitution environnementale au XX^e siècle

La Constitution fédérale du 29 mai 1874 comportait déjà lors de son entrée en vigueur certains aspects liés à l'environnement, dans une perspective toutefois limitée à des réglementations de police⁴. L'art. 24 aCst. féd. octroyait la compétence à la Confédération d'exercer « le droit de haute surveillance sur la police des endiguements et des forêts dans les régions élevées »⁵. Par ailleurs, en vertu de l'art. 25 aCst. féd., la Confédération « a[vait] le droit de statuer des dispositions législatives pour régler l'exercice de la pêche et de la chasse, principalement en vue de la conservation du gros gibier dans les montagnes, ainsi que pour protéger les oiseaux utiles à l'agriculture et à la sylviculture ». Dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Constitution, la constitution envi-

⁴ Cf. notamment Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, in : Thürer/Aubert/Müller (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 579 ss, N 12 s.

⁵ La limitation aux « régions élevées » a été supprimée en 1897 (Pascal MAHON, in : Jean-François AUBERT / Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, Remarques liminaires ad art. 73-80 N 1).

ronnementale fédérale, encore embryonnaire, a été enrichie de deux dispositions. En 1893, un nouvel art. 25^{bis} Cst. féd. concernant l'abattage rituel des animaux a été introduit dans la Constitution fédérale. En 1908, c'est un nouvel art. 24^{bis} portant sur les forces hydrauliques qui a intégré celle-ci⁶.

La constitution environnementale a toutefois véritablement commencé son développement à partir des années 1950. Le 6 décembre 1953, le peuple et les cantons ont approuvé l'introduction dans la Constitution fédérale d'un art. 24^{quater} aCst. féd., en vertu duquel la Confédération obtenait « le droit de légiférer pour protéger les eaux superficielles et souterraines contre la pollution »⁷.

Le 27 mai 1962 a été introduit dans la Constitution fédérale l'art. 24^{sexies} aCst. féd. (actuel art. 78 Cst. féd.), relatif à la protection de la nature et du paysage⁸. Le droit fédéral comprenait alors, dans certaines lois et ordonnances, des dispositions relatives à cette question, mais aucune base constitutionnelle n'existait⁹. Une telle tâche était avant tout le fait des cantons, qui possédaient des législations topiques¹⁰. La situation était toutefois jugée comme insatisfaisante, si bien qu'une disposition constitutionnelle au niveau fédéral était nécessaire¹¹. L'art. 24^{sexies} aCst. féd. mettait cependant en avant la compétence des cantons en la matière¹².

Le 14 septembre 1969, l'art. 22^{quater} (actuel art. 75 Cst. féd.), portant sur l'aménagement du territoire, a fait son entrée dans la Constitution fédérale¹³. Celui-ci octroyait à la Confédération une compétence concurrente limitée aux principes, dans le but « d'assurer une

⁶ MAHON, in : AUBERT/MAHON (note 5), ad art. 76 N 2 let. b.

⁷ RO 1954 497. Cette compétence a été déplacée à l'art. 24^{bis} al. 2 let. a aCst. féd. par la révision constitutionnelle du 7 décembre 1975.

⁸ RO 1962 783.

⁹ Cf. FF 1961 I 1089, 1095 s.

¹⁰ FF 1961 I 1089, 1096.

¹¹ FF 1961 I 1089, 1096 ss : « Les lois cantonales sur la protection de la nature (dont certaines ne répondent plus aux enseignements de la science contemporaine) attribuent aux autorités des pouvoirs qui ne permettent pas d'affronter efficacement l'évolution actuelle. Contre des menaces concrètes pesant sur des sites ou des objets importants, il a fallu parfois créer d'abord de toutes pièces les fondements juridiques nécessaires, ce qui a fait perdre un temps précieux. Ici et là, les mesures cantonales ont été tardives, et les beautés naturelles ou les monuments qu'elles devaient protéger avaient déjà disparu. Ces considérations mettent en évidence la nécessité d'instituer une protection fédérale des paysages et des monuments historiques ou culturels encore intacts » (p. 1097). Cf. également Nina DAJCAR / Alain GRIFFEL, in : Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015, ad art. 78 N 4.

¹² Cf. actuellement l'art. 78 al. 1 Cst. féd. : « La protection de la nature et du patrimoine est du ressort de cantons ».

¹³ RO 1969 1265.

utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire » (cf. art. 75 al. 1 Cst. féd.).

Deux ans plus tard, le 6 juin 1971, l'art. 24^{septies} aCst. féd. (actuel art. 74 Cst.) a été introduit dans la Constitution fédérale¹⁴. Si l'art. 24^{sexies} aCst. féd. de 1962 maintenait la compétence des cantons en ce qui concerne la protection de la nature et du paysage, ce nouvel article octroyait la compétence à la Confédération de légiférer sur la « protection de l'homme et de son milieu naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes qui leur sont portées », et en particulier « la pollution de l'air et le bruit ». La portée de cette disposition était large : elle tendait à la protection non seulement de l'être humain mais également de son milieu naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes, que celles-ci soient actuelles ou futures¹⁵. Les atteintes visées avaient toutefois un point commun : leur auteur « [était] toujours l'homme »¹⁶.

La constitution environnementale a continué de se développer durant les années suivantes, et jusqu'à peu de temps avant l'entrée en vigueur de l'actuelle Constitution fédérale.

En 1973, l'art. 25^{bis} aCst. féd. de 1893 a été révisé en vue d'octroyer à la Confédération la compétence de légiférer sur la protection des animaux¹⁷. En 1975, les différentes dispositions relatives à l'eau (art. 24^{bis} et art. 24^{quater} aCst. féd.) ont été regroupées au sein d'un art. 24^{bis} aCst. féd. révisé¹⁸ ; à cette occasion, les compétences de la Confédération ont été étendues¹⁹. En 1979, un art. 37^{quater} relatif aux réseaux de chemins et de sentiers pédestres a été introduit dans la Constitution fédérale²⁰.

En 1987, l'art. 24^{sexies} aCst. féd. de 1962 a été complété par un 5^e alinéa (et une disposition transitoire) portant sur la protection des « marais et [des] sites marécageux d'une beauté particulière et présentant un intérêt national », à la suite de l'adoption de l'initiative populaire « *pour la protection des marais – Initiative de Rothenturm* »²¹.

En 1990, l'art. 24^{octies} aCst. féd. (actuel art. 89 Cst. féd.) relatif à l'énergie a fait son entrée dans la Constitution fédérale²² ; celui-ci incitait la Confédération et les cantons à « promouvoir un approvisionnement énergétique [...] compatible avec les exigences de

¹⁴ RO 1971 905.

¹⁵ FF 1970 I 773, 774.

¹⁶ FF 1970 I 773, 774.

¹⁷ RO 1974 721.

¹⁸ RO 1976 711 et 715.

¹⁹ MAHON, in : AUBERT/MAHON (note 5), ad. art. 76 N 2 let. d ; Corina CALUORI / Alain GRIFFEL, in : Waldmann/Belser/Epiney (note 11), ad art. 76 N 4.

²⁰ RO 1979 678.

²¹ RO 1988 352.

²² RO 1991 246.

la protection de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie » (al. 1) et octroyait à la Confédération la compétence d'établir les principes applicables à « l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables » et à la « consommation économe et rationnelle de l'énergie » (al. 2). En 1992, l'art. 24^{novies} aCst. féd. (actuels art. 119 et 120 Cst.) a été introduit, qui prévoyait que « l'homme et son environnement » soient « protégés contre les abus en matière de procréation et de génie génétique » (al. 1)²³. En 1994, le peuple et les cantons approuvaient l'initiative dite des Alpes (« pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit »), qui a débouché sur les art. 36^{quater} et 19 disp. trans. aCst. féd. (actuels art. 84 et art. 196 ch. 1 disp. trans. Cst. féd.)²⁴. Enfin, l'art. 31^{octies} aCst. féd. (actuel art. 104 Cst.) relatif à l'agriculture a été introduit en 1996²⁵ ; celui-ci ancrerait pour la première fois dans la Constitution le principe du développement durable (al. 1), et conférerait notamment à la Confédération la compétence d'encourager « les formes d'exploitation particulièrement en accord avec la nature et respectueuses de l'environnement et de la vie animale » (al. 3 let. b) et de protéger « l'environnement contre les atteintes liées à l'utilisation abusive d'éléments fertilisants, de produits chimiques et d'autres matières auxiliaires » (al. 3 let. d).

B. Le passage à la Constitution fédérale du 18 avril 1999

Les articles venant d'être passés en revue ont été repris dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le cas échéant avec certains remaniements rédactionnels. La plupart d'entre eux ont été regroupés au sein d'une même section du catalogue des compétences de la Confédération, intitulée « Environnement et aménagement du territoire » (art. 73 à 80 Cst.). Ces dispositions concernent directement l'environnement et sont qualifiées de « droit constitutionnel nominal de l'environnement » (« *nominales Umweltverfassungsrecht* ») par certains auteurs²⁶. Les autres dispositions se trouvent en différents endroits de la Constitution fédérale ; elles forment, selon ces mêmes auteurs, le « droit constitutionnel fonctionnel de l'environnement » (« *funktionales Umweltverfassungsrecht* »)²⁷.

1. Les art. 73 à 80 Cst. féd.

Placé en tête de la section « Environnement et aménagement du territoire », l'art. 73 Cst. féd. ancre le principe du développement durable. Cette disposition a été introduite à

²³ RO 1992 1579.

²⁴ RO 1994 1101.

²⁵ RO 1996 2503.

²⁶ Heribert RAUSCH, *Umwelt und Raumplanung*, in : Thürer/Aubert/Müller (note 4), p. 915 ss, N 3 ; MAHON, in : AUBERT/MAHON (note 5), Remarques liminaires ad art. 73-80 N 3.

²⁷ Pour reprendre les auteurs cités in note 26.

l'occasion de la révision totale de la Constitution fédérale. Au sein de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, seul l'art. 31^{octies} aCst. féd. de 1996, relatif à l'agriculture, mentionnait le principe du développement durable²⁸. Si l'art. 73 Cst. féd. ancre le développement durable en tant que principe dans une dimension purement écologique, celui-ci est également consacré en d'autres endroits de la Constitution fédérale dans une perspective plus large²⁹.

L'art. 74 Cst. féd. correspond à l'art. 24^{septies} aCst. féd. et porte sur la protection de l'environnement de manière générale. Comme son prédécesseur, il vise toute atteinte nuisible ou incommode portée à l'homme et à son environnement naturel³⁰. Cette disposition a été remaniée à l'occasion de la mise à jour de la Constitution fédérale. L'accent n'est désormais plus mis sur le combat contre la pollution de l'air et le bruit³¹. En outre, l'art. 74 Cst. féd. mentionne désormais, à son al. 2, les principes de prévention et du pollueur-payeur, qui figuraient précédemment dans la loi³².

Vient ensuite l'art. 75 Cst. féd. concernant l'aménagement du territoire (ancien art. 22^{quater} aCst. féd.). Dans le projet de révision constitutionnelle de 1996, celui-ci ne suivait pas mais précédait l'actuel art. 74 Cst. féd. L'ordre de priorité entre ces deux dispositions a été débattu, deux conceptions différentes s'opposant³³. Sur le plan du contenu, l'art. 75 al. 1 Cst. féd. ne se limite plus à une utilisation « judicieuse », mais également « mesurée » du sol, objectif qui figurait alors uniquement dans la loi³⁴.

²⁸ Il ressortait également de différentes dispositions légales. Cf. MAHON, in : AUBERT/MAHON (note 5), ad art. 73 N 1, note 1 ; Alain GRIFFEL, in : Waldmann/Belser/Epiney (note 11), ad art. 73 N 1.

²⁹ Sur les différentes portées du principe du développement durable consacré par la Constitution fédérale, cf. notamment Alexandre FLÜCKIGER, *Le développement durable en droit constitutionnel suisse*, DEP 2006, p. 471 ss, 482 ss ; Raphaël MAHAIM, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 65 ss. Ainsi, outre la dimension écologique de l'art. 73 Cst., il est admis en particulier que la Constitution fédérale consacre – notamment à l'art. 2 al. 2 Cst. féd. – le développement durable dans une perspective « tridimensionnelle » qui comporte également des dimensions économique et sociale.

³⁰ FF 1997 I 1, 250.

³¹ « Étant donné l'évolution de la situation de l'environnement, des connaissances à ce sujet et des possibilités d'agir de manière corrective, il n'est pas judicieux à long terme de désigner dans la constitution les atteintes particulièrement nuisibles ou incommodes à combattre en priorité » (FF 1997 I 1, 251). Le Conseil fédéral poursuit en indiquant que « [l']urgence des problèmes liés à l'effet de serre et aux gaz nuisibles à la couche d'ozone, par exemple, n'est apparue que ces dernières années », ce qui souligne le caractère global et évolutif de cette disposition.

³² MADER (note 1) p. 114 ; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 4) N 14.

³³ Cf. FF 1997 I 1, 247 s. ; MADER (note 1) p. 113 s.

³⁴ « On emprunte à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire l'objectif d'une utilisation économe du sol pour l'ériger en principe constitutionnel. Cela se justifie par le fait que cet objectif formulé au niveau de la loi n'est pas moins important que les objectifs définis dans la constitution. » (FF 1997 I 1, 249).

Enfin, la section « Environnement et aménagement du territoire » est complétée par les art. 76 à 80 Cst. féd., portant respectivement sur les eaux, les forêts, la protection de la nature et du patrimoine, la pêche et la chasse et la protection des animaux. Ces dispositions avaient des équivalents au sein de la Constitution fédérale de 1874. Elles ont bénéficié sur certains aspects de modifications rédactionnelles, aux conséquences diverses³⁵.

2. Les autres dispositions de la constitution environnementale

En dehors de la section « Environnement et aménagement du territoire », l'environnement trouve sa place à plusieurs endroits de la Constitution fédérale. Comme déjà indiqué précédemment, le principe du développement durable est consacré à plusieurs reprises, le cas échéant dans une perspective qui ne se limite pas à l'environnement³⁶.

Pour le surplus, l'art. 36^{sexies} aCst. féd., qui avait été introduit dans la Constitution fédérale de 1874 par le biais de l'initiative des Alpes, a été retranscrit à l'art. 84 Cst. féd. L'art. 89 Cst. féd. porte sur la politique énergétique, et reprend l'art. 24^{octies} aCst. féd. introduit dans la Constitution fédérale en 1990. L'art. 104 Cst. féd., concernant l'agriculture, correspond à l'art. 31^{octies} aCst. féd. introduit seulement quelques années avant la révision totale de la Constitution fédérale de 1874. Enfin, l'art. 24^{novies} aCst. féd., visant à protéger l'homme et son environnement « contre les abus en matière de technique de procréation et de génie génétique » (al. 1), a été scindé en deux articles au sein de la Constitution fédérale de 1999. L'art. 119 Cst. féd. porte sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain, tandis que l'art. 120 Cst. féd. concerne le génie génétique dans le domaine non humain. Cette seconde disposition prévoit notamment que « [l]'être humain et son environnement doivent être protégés contre les abus en matière de génie génétique » (al. 1).

³⁵ À titre d'exemple, on relèvera que l'ancien article constitutionnel relatif à la chasse et la pêche (art. 25 aCst. féd., désormais art. 79 Cst. féd.) mentionnait la « conservation du gros gibier dans les montagnes » et la protection des « oiseaux utiles à l'agriculture et à la sylviculture », et dispose désormais d'un champ d'application plus large, visant le « maintien de la diversité des espèces de poissons, de mammifères sauvages et d'oiseaux ».

³⁶ Cf. *supra* note 29. Le développement durable est ainsi mentionné dans le préambule : le peuple et les cantons suisses arrêtent la Constitution fédérale en étant « conscients de leur responsabilité envers la Création » ainsi que de « leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures ». Cf. également, en particulier, art. 2 al. 2 et 4, 54 al. 2 et 104 al. 1 Cst. féd.

C. Le développement de la constitution environnementale au XXI^e siècle

La constitution environnementale a poursuivi son développement après l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999. Cette dernière a fait l'objet de plusieurs révisions partielles qui avaient un rapport avec l'environnement. Parmi celles-ci, peut être mentionnée l'introduction, en 2006, d'une disposition transitoire en complément à l'art. 120 Cst. féd., instaurant un moratoire sur l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés dans l'agriculture³⁷. En 2012, le peuple et les cantons ont approuvé l'initiative populaire « *Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires* », qui a donné lieu à l'introduction de l'art. 75b Cst. féd.³⁸. En 2017, l'art. 104a Cst. féd. a fait son entrée en tant que contre-projet direct à l'initiative populaire « *Pour la sécurité alimentaire* »³⁹. Deux ans plus tard, l'art. 88 Cst. féd. a fait l'objet d'une révision, soumise au vote du peuple et des cantons en tant que contre-projet direct à l'initiative populaire « *Pour la promotion des voies cyclables et des chemins et sentiers pédestres (initiative vélo)* »⁴⁰.

D. Le développement des initiatives populaires en matière environnementale

Nous aurons pu constater que la constitution environnementale fait l'objet d'un développement constant depuis la seconde moitié du XX^e siècle. Il en va de même de l'utilisation du droit d'initiative populaire dans le domaine environnemental. Un examen du répertoire chronologique des initiatives populaires établi par la Chancellerie fédérale⁴¹ indique que, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999, le nombre d'initiatives populaires ayant trait à l'environnement n'a cessé de croître, si bien qu'il nous semble opportun d'en offrir un aperçu. Ces initiatives peuvent être regroupées en différentes thématiques.

³⁷ Art. 197 ch. 7 disp. trans. Cst. féd. Cette disposition a été introduite à la suite de l'acceptation de l'initiative populaire « *Pour des aliments produits sans manipulations génétiques* » (FF 2006 1037). Elle est désormais sans objet, et a été remplacée par l'art. 37a de la loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain (RS 814.91), en vertu duquel le moratoire est valable actuellement jusqu'au 31 décembre 2021 (cf. Bernhard WALDMANN, in : Waldmann/Belser/Epiney [note 11], ad art. 197 ch. 7 N 2).

³⁸ FF 2012 6149.

³⁹ FF 2017 2321.

⁴⁰ FF 2019 1291.

⁴¹ https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_1.html?lang=fr (consulté le 31.05.2019 ; les développements en la matière ont été pris en compte jusqu'à cette date).

Plusieurs initiatives populaires visaient à renforcer la constitution environnementale en matière de protection du *paysage*. Tel était le cas de l'initiative « *Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires* », qui a donné lieu à l'introduction de l'art. 75b Cst. féd. Plus récemment, l'initiative « *Stopper le mitage – pour un développement durable du milieu bâti (initiative contre le mitage)* » a été rejetée par le peuple et les cantons⁴². Dix ans auparavant, l'initiative « *Contre la création effrénée d'implantations portant atteinte au paysage et à l'environnement* » a été retirée par le comité après avoir abouti⁴³ ; il en a été de même de l'initiative « *De l'espace pour l'homme et la nature (initiative pour le paysage)* », retirée en raison de la révision de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire⁴⁴ en 2013⁴⁵.

Le domaine de l'*énergie* a également fait l'objet d'une activité importante en matière d'initiatives populaires. Plusieurs initiatives avaient pour objet l'arrêt de l'utilisation de l'énergie nucléaire⁴⁶. D'autres initiatives populaires avaient pour but d'encourager l'utilisation des énergies renouvelables⁴⁷.

La *protection des animaux* a également fait l'objet de plusieurs initiatives populaires. Certaines d'entre elles avaient une portée générale⁴⁸. D'autres se concentraient sur un aspect particulier dans ce domaine. Ainsi, l'initiative « *Pour la dignité des animaux de rente agricoles (Initiative pour les vaches à cornes)* » tendait à réviser la Constitution fédérale en ce sens que les détenteurs de bétail soient soutenus financièrement tant que

⁴² FF 2019 2833.

⁴³ FF 2009 6701.

⁴⁴ RS 700.

⁴⁵ FF 2013 5226.

⁴⁶ Cf. les initiatives populaires « *Moratoire-plus* » et « *Sortir du nucléaire* », toutes deux rejetées en votation le 18 mai 2003 (FF 2003 4668). Plus récemment, cf. l'initiative « *Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire »)* », qui a été refusée par le peuple et les cantons le 27 novembre 2016 (FF 2017 1409). L'initiative « *Mettre les centrales nucléaires hors service* » a échoué au stade de la récolte des signatures en 2013 (FF 2013 875).

⁴⁷ Cf. en particulier les initiatives populaires « *De nouveaux emplois grâce aux énergies renouvelables (initiative cleantech)* » (retirée en raison de la révision du 21 juin 2013 de l'ancienne loi sur l'énergie ; FF 2013 7607) et « *Remplacer la taxe sur la valeur ajoutée par une taxe sur l'énergie* » (rejetée en votation le 8 mars 2015 ; FF 2015 3153). L'initiative populaire « *Imposer les énergies non renouvelables à la place du travail* » a échoué au stade de la récolte de signatures (FF 2007 5690).

⁴⁸ Cf. notamment les initiatives populaires « *Les animaux ne sont pas des choses !* » et « *pour un meilleur statut juridique des animaux (Initiative pour les animaux)* » (toutes deux retirées avant que le peuple et les cantons aient pu se prononcer ; FF 2002 6639 et FF 2003 444). Cf. également l'initiative « *Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux !)* », également retirée en 2006 (FF 2006 377), ainsi que l'initiative « *Contre les mauvais traitements envers les animaux et pour une meilleure protection juridique de ces derniers (initiative pour l'institution d'un avocat de la protection des animaux)* » (rejetée en votation en 2010 ; FF 2010 2397).

les animaux adultes portent leurs cornes⁴⁹. Deux initiatives visant à la protection de l'ours, du loup et du lynx, ont été lancées en 2011 et 2012, sans aboutir⁵⁰. À titre d'autres exemples peuvent encore être mentionnées les initiatives populaires « *Oui à l'interdiction de l'expérimentation animale et humaine – Oui aux approches de recherche qui favorisent la sécurité et le progrès* »⁵¹ et « *Non à l'élevage intensif en Suisse (initiative sur l'élevage intensif)* »⁵².

Plusieurs initiatives populaires ont porté, dans un passé récent, sur la *production de denrées alimentaires*. L'initiative « *Pour la sécurité alimentaire* » incitait la Confédération à « renforcer[r] l'approvisionnement de la population avec des denrées alimentaires issues d'une production indigène diversifiée et durable » ; elle a été retirée en 2017 à la faveur d'un contre-projet direct⁵³, accepté par le peuple et les cantons⁵⁴. Lors du dimanche de votation du 23 septembre 2018, les initiatives populaires « *Pour des denrées alimentaires saines et produites dans des conditions équitables et écologiques (initiative pour des aliments équitables)* » et « *Pour la souveraineté alimentaire. L'agriculture nous concerne toutes et tous* » ont été soumises au vote du peuple et des cantons, qui les ont toutes deux refusées⁵⁵. Enfin, peuvent encore être mentionnées les initiatives populaires « *Pour une eau potable propre et une alimentation saine – Pas de subventions pour l'utilisation de pesticides et l'utilisation d'antibiotiques à titre prophylactique* » et « *Pour une Suisse libre de pesticides de synthèse* »⁵⁶.

Dans le domaine des *transports*, la Constitution fédérale a été révisée le 23 septembre 2018 par un arrêté fédéral du 13 mars 2018 concernant les voies cyclables et les chemins et sentiers pédestres⁵⁷. Il s'agissait d'un contre-projet direct à l'initiative « *pour la promotion des voies cyclables et des chemins et sentiers pédestres (initiative vélo)* »⁵⁸. Auparavant, l'initiative populaire « *pour des véhicules plus respectueux des personnes* » visait notamment à ce que les « véhicules à moteur qui émettent des quantités excessives

⁴⁹ L'initiative a été rejetée lors de la votation du 25 novembre 2018.

⁵⁰ Initiatives populaires « *Le loup, l'ours et le lynx* » (FF 2012 7425) et « *Pour la protection des grands prédateurs (ours, loup et lynx)* » (FF 2014 413).

⁵¹ L'initiative populaire a abouti en avril 2019 (FF 2019 2977).

⁵² L'initiative populaire a été approuvée par la Chancellerie fédérale lors de son examen préliminaire en mai 2018 (FF 2018 3324).

⁵³ FF 2017 2321.

⁵⁴ Art. 104a Cst. féd. Cf. *supra* II.C.

⁵⁵ FF 2019 1291.

⁵⁶ Cf. FF 2019 1093 et FF 2019 2529 (Messages du Conseil fédéral).

⁵⁷ RO 2019 525.

⁵⁸ FF 2018 1849. Cf. *supra* II.C.

de substances nocives, en particulier de CO₂ ou de particules fines » ne puissent pas être immatriculés⁵⁹.

Plusieurs initiatives populaires sont apparues ces dernières années en ce qui concerne l'économie. Si, en 2013, l'initiative populaire « *Pour une économie utile à tous* » a échoué au stade de la récolte de signatures⁶⁰, l'initiative « *Pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte)* » a été soumise au vote du peuple et des cantons en 2016 ; ceux-ci l'ont rejetée⁶¹. À l'heure actuelle, l'initiative populaire « *Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement* » a formellement abouti⁶².

Dans le domaine du *climat*, une initiative populaire « *pour un climat sain* » a abouti en 2008⁶³. Elle a toutefois été retirée en 2012 en raison de l'adoption par l'Assemblée fédérale de l'actuelle loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂⁶⁴. En avril 2019, une nouvelle initiative en la matière a été approuvée par la Chancellerie fédérale dans le cadre de son examen préliminaire⁶⁵.

Enfin, différentes initiatives populaires ont visé à étoffer la constitution environnementale ou à réviser les dispositions qui la composent dans d'autres domaines. Ainsi, l'initiative populaire « *Sauver la Forêt suisse* » visait à compléter l'art. 77 Cst. féd.⁶⁶. Deux initiatives populaires avaient pour but d'intervenir sur l'immigration dans une perspective environnementale. Si l'initiative dite *Ecopop* (« *Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles* ») a été refusée en votation en 2014⁶⁷, une initiative « *Pour la stabilisation de la population totale* » a échoué au stade de la récolte de signatures une année plus tôt⁶⁸. Enfin, nous mentionnerons également les initiatives populaires « *Moratoire sur les antennes de téléphonie mobile* »⁶⁹, « *Contre le*

⁵⁹ Cette initiative a été retirée en raison de la modification du 18 mars 2011 de l'ancienne loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ (FF 2011 7429).

⁶⁰ FF 2013 2771. Cette initiative populaire tendait à la révision de la Constitution fédérale notamment en ce sens que « [l]a Confédération et les cantons s'engagent pour une économie respectueuse de l'environnement et du tissu social et économique local ».

⁶¹ FF 2017 339.

⁶² Cf. FF 2017 5999 (Message du Conseil fédéral).

⁶³ FF 2008 2327.

⁶⁴ FF 2012 5214 ; RS 641.71.

⁶⁵ FF 2019 3075.

⁶⁶ L'art. 77 al. 1 révisé par l'initiative populaire prévoyait que « [l]a Confédération et les cantons veillent à ce que les forêts puissent remplir simultanément et durablement leurs fonctions protectrice, économique, sociale et de maintien de la biodiversité. Ils organisent l'entretien de la forêt ». Cette initiative populaire a été retirée en 2008 (FF 2008 2329).

⁶⁷ FF 2015 1687.

⁶⁸ FF 2013 877.

⁶⁹ L'initiative a échoué au stade de la récolte de signatures (FF 2003 5701).

bruit des avions de combat à réaction dans les zones touristiques »⁷⁰ ou encore « *Eaux vivantes (Initiative pour la renaturation)* »⁷¹.

II. Aperçu de la constitution environnementale au niveau cantonal⁷²

La constitution environnementale existe également au niveau des cantons. Loin de se contenter de compléter celle-ci par leurs constitutions respectives, les cantons peuvent également être source d'inspiration au niveau fédéral⁷³.

De toutes les constitutions cantonales, seules celles des cantons de Zoug, d'Appenzell Rhodes-Intérieures et du Valais sont muettes en matière environnementale. Celles-ci datent respectivement de 1894, de 1872 et de 1907 et n'ont donc pas (encore) fait l'objet de la vague de révision à laquelle ont pris part les autres cantons⁷⁴. Tous les autres cantons ont, durant les dernières décennies, révisé totalement leur constitution, ce qui a été pour eux l'occasion notamment d'y ancrer de manière claire les tâches et les buts de l'État⁷⁵.

D'une manière générale, si quelques constitutions restent sommaires en ce qui concerne la protection de l'environnement, et se contentent de mentionner celle-ci au sein des tâches de l'État⁷⁶, d'autres contiennent une section entière consacrée à la question environnementale⁷⁷.

⁷⁰ L'initiative a été refusée par le peuple et les cantons en 2008 (FF 2008 2455).

⁷¹ L'initiative a été retirée en 2010 (FF 2010 3787).

⁷² Les constitutions des cantons suisses sont publiées au RS, sous la cote 131. Dans le cadre de cette contribution, il sera fait référence aux constitutions cantonales en utilisant l'abréviation « Cst. » suivie des abréviations du nom des cantons qui sont listées sur le site de l'Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/bases-statistiques/signes-abreviations.html> [visité le 31.05.2019]).

⁷³ Ainsi, la formulation de l'art. 73 Cst. féd. reprend presque mot pour mot l'art. 112 al. 1 Cst.-BL (cf. FLÜCKIGER [note 29] p. 521).

⁷⁴ Cf. Andreas AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016, N 558 ss.

⁷⁵ Cf. sur ce point les propos du Conseil fédéral dans son Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale : « Les anciennes constitutions [cantonales] manquaient d'une systématique rigoureuse et d'une construction claire. La liste des tâches de l'État et celle des compétences des différents organes, souvent fragmentaires, n'étaient plus en accord avec la réalité. La révision totale devait remédier à ces défauts et permettre à la constitution de refléter à nouveau la réalité sur le plan cantonal » (FF 1997 I 1, 62) ; cf. également FF 1985 III 1, 28 ss.

⁷⁶ Cf. ainsi art. 11 Cst.-LU, art. 49 Cst.-UR, art. 4 et 14 let. m Cst.-TI.

⁷⁷ Cf. ainsi art. 157 ss Cst.-GE.

Les constitutions cantonales contiennent d'une part des articles similaires à ceux formant la constitution environnementale au niveau fédéral⁷⁸. Au sein de ces dispositions, il arrive que l'accent soit mis sur certains aspects en particulier⁷⁹. Les constitutions cantonales ne se limitent toutefois pas à répéter la Constitution fédérale. Elles abordent également de nombreux aspects relatifs à la protection de l'environnement qui ne figurent pas au niveau fédéral. En voici un aperçu, qui est loin d'être exhaustif.

Plusieurs constitutions cantonales mentionnent la protection de la *biodiversité*⁸⁰. D'autres mettent l'accent, en matière environnementale, sur la *responsabilité individuelle*⁸¹ ainsi que sur l'*éducation*⁸². Dans le domaine de la *recherche scientifique*, la constitution fribourgeoise dispose que « [l]es scientifiques assument leur responsabilité envers les êtres humains, les animaux, les plantes et leurs bases vitales »⁸³. Plusieurs constitutions cantonales prévoient la protection de certains *lieux spécifiques*⁸⁴. En outre, la constitution du canton d'Argovie impartit au canton et aux communes la tâche de

⁷⁸ De nombreuses constitutions cantonales contiennent ainsi une disposition sur le développement durable (art. 73 Cst. féd. ; cf. pour ce domaine FLÜCKIGER [note 29] p. 520 ss), sur la protection de l'environnement en général (art. 74 Cst. féd.) ou encore sur l'aménagement du territoire (art. 75 Cst. féd.). Les domaines abordés par les autres dispositions de la constitution environnementale au niveau fédéral font également l'objet de certaines dispositions constitutionnelles cantonales. Parmi de nombreux exemples, cf. art. 23 al. 1 Cst.-SZ (eaux [art. 76 Cst. féd.]), art. 123 Cst.-SO (forêts [art. 77 Cst. féd.]), art. 73 Cst.-FR (protection de la nature et du patrimoine [art. 78 Cst. féd.]) art. 34 Cst.-AR (énergie [art. 89 Cst. féd.]), art. 74 Cst.-FR (agriculture [art. 104 Cst. féd.]), art. 31 al. 3 Cst.-BE (génie génétique [art. 119-120 Cst. féd.]).

⁷⁹ Cf. ainsi l'art. 21 Cst.-NW portant sur la protection de la nature, qui mentionne en particulier la « protection du monde alpin », ou encore l'art. 45 al. 1 Cst.-JU qui incite le canton et les communes à protéger « l'homme et son milieu naturel contre les nuisances » et à combattre « en particulier la pollution de l'air, du sol, de l'eau, ainsi que le bruit ».

⁸⁰ Cf. notamment art. 52 al. 4 Cst.-VD : « [L'État et les communes] protègent la diversité de la faune, de la flore et des milieux naturels ». La constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures mentionne la biodiversité dans son préambule (« Nous, femmes et hommes d'Appenzell Rhodes-Extérieures, voulons respecter dans la foi la création dans sa diversité »). Quant à la constitution neuchâteloise, elle incite le canton et les communes 'à accomplir leurs tâches en prêtant « une attention particulière aux exigences du développement durable et au maintien de la biodiversité » (art. 5 al. 2 Cst.-NE).

⁸¹ Cf. notamment art. 13 al. 2 Cst.-GE : « Toute personne assume sa part de responsabilité envers elle-même, sa famille, autrui, la collectivité, les générations futures et l'environnement ».

⁸² Cf. ainsi art. 17 Cst.-BS : « L'État veille à ce que l'offre de formation soit complète. L'enseignement dispensé doit avoir pour but [...] de renforcer son [l'individu] sens des responsabilités envers les êtres humains et l'environnement [...] ».

⁸³ Art. 22 al. 2 Cst.-FR.

⁸⁴ Art. 42 al. 5 Cst.-AG (création d'une réserve alluviale protégée), art. 76 al. 3 Cst.-TG (« [Le canton et les communes] s'opposent aux mesures portant atteinte aux conditions et équilibres naturels des paysages lacustres et fluviaux du lac de Constance, du lac Inférieur et du Rhin »), art. 52a Cst.-VD (protection de Lavaux).

veiller à la sauvegarde de la *fécondité du sol*⁸⁵. Elle fixe également comme but que l'*économie* se développe dans le respect de l'environnement⁸⁶. La constitution genevoise contient une disposition portant expressément sur la protection du *climat*⁸⁷. Par ailleurs, son art. 161 impartit à l'État de « respecte[r] les principes de l'*écologie industrielle* »⁸⁸. Elle a de surcroît la particularité de consacrer le *droit fondamental* à toute personne de vivre dans un environnement sain⁸⁹.

Dans une perspective plus large, plusieurs constitutions orientent l'action de l'État de manière que le système de *transports* soit respectueux de l'environnement⁹⁰. Il en va de même en ce qui concerne la politique de traitement des *déchets* et des *eaux usées*, dans le cadre de laquelle plusieurs constitutions prévoient non seulement que ces tâches soient accomplies dans le respect de l'environnement mais également que des mesures puissent être introduites en vue de diminuer la quantité de déchets⁹¹.

Conclusion

Dans le cadre de cette contribution, nous avons voulu rendre compte du développement de la constitution environnementale par les révisions partielles dont ont bénéficié les Constitutions fédérales de 1874 et 1999. Il s'agit assurément d'une approche qui ne rend pas compte de manière complète de l'évolution du droit constitutionnel dans ce domaine⁹², mais celle-ci illustre déjà à quel point la protection de l'environnement fait l'objet d'une activité créatrice soutenue au niveau constitutionnel.

⁸⁵ Art. 42 al. 2 Cst.-AG.

⁸⁶ Art. 50 al. 2 Cst.-AG.

⁸⁷ « L'État met en œuvre des politiques propres à réduire les gaz à effet de serre » (art. 158 Cst.-GE).

⁸⁸ Nous soulignons.

⁸⁹ Art. 19 Cst.-GE.

⁹⁰ Cf. notamment art. 104 Cst.-ZH (« L'État et les communes veillent à ce que l'ensemble des transports soient organisés de manière sûre, économiquement optimale et respectueuse de l'environnement [...] »). Cf. également, entre autres, art. 120 al. 3 Cst.-SO, art. 30 al. 1 Cst.-BS, art. 49 al. 2 Cst.-AG.

⁹¹ Cf. art. 36 Cst.-BE, art. 113 Cst.-BL, art. 29 Cst.-AR, art. 84 Cst.-SH, art. 44 Cst.-AG.

⁹² Cf. FF 1997 I 1, 17 : « À lui seul, le texte de la constitution n'est toutefois pas un reflet complet du développement de notre droit constitutionnel. Ce développement s'est fait en grande partie en marge de la constitution fédérale : la pratique de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, la jurisprudence du Tribunal fédéral, de même que de nombreuses normes de droit international qui ont une validité générale ou que la Suisse s'est engagée à respecter, ont influencé la constitution et sont des éléments importants du droit constitutionnel matériel. C'est pourquoi l'évolution constitutionnelle est bien plus importante que ce que l'on pourrait déduire des seules modifications formelles du texte de la constitution ».

Sur le plan fédéral toujours, il faut relever l'activité importante en matière d'initiatives populaires qui se déploie en arrière-plan du développement de la constitution environnementale. Si seule une infime minorité de ces initiatives populaires intègrent la Constitution fédérale, d'autres peuvent exercer une influence au niveau constitutionnel ou légal, ne serait-ce que lorsqu'elles donnent lieu à l'adoption d'un contre-projet direct ou indirect.

La constitution environnementale ne saurait être limitée au seul volet fédéral. Les cantons complètent celle-ci sur de nombreux aspects de la protection de l'environnement.

La constitution environnementale regroupe ainsi un ensemble conséquent de dispositions, qui existent tant au niveau fédéral que cantonal. Loin d'être figé, cet ensemble continue de se développer, en même temps que les connaissances scientifiques et les problématiques environnementales évoluent. Il reste, en d'autres termes, en mouvement.

Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts

Inhaltsübersicht

Seite

I. Einleitung	951
II. Die Schaffung des Raumplanungsartikels vom 1969	952
III. Zwei Anläufe für das RPG 1979	953
IV. Die RPG-Revisionen von 1995 und 1998	955
V. Weitere Teilrevisionen und gescheitertes Raumentwicklungsgesetz	957
VI. Die Teilrevisionen «RPG 1» und «RPG 2»	959
VII. Bewertung der Vorlage «RPG 2» und Ausblick	961
Literaturverzeichnis	963

I. Einleitung

Die Einführung und Entwicklung des Raumplanungsrechts begleitete den zu Ehrenden und den Schreibenden praktisch während der ganzen Zeit des beruflichen Wirkens. Während wir die mühevollte Entstehung des RPG noch als Studierende und junge Berufsanfänger erlebten, durften wir die spätere Entwicklung des Gesetzes während langer Jahre als kantonale Verwaltungsrichter und im neuen Jahrtausend auch als Rechtswissenschaftler beobachten und mitgestalten. Während wir uns früher regelmässig an den Jahrestagungen der kantonalen Verwaltungsgerichte trafen, welche vor allem dem allgemeinen wissenschaftlichen und freundschaftlichen Austausch dienten, kommen wir seit 2007 im damals neu gegründeten Fachkreis Raumplanungsrecht (FRR)/Cercle de droit de l'aménagement du territoire (CDAT) zusammen, in welchem sich Vertreterinnen und Vertreter der Wissenschaft und der Praxis aus der ganzen Schweiz mit Fragen des Raumplanungsrechts und seiner Weiterentwicklung unter rechtlichen, konzeptionellen und gesetzestechnischen Aspekten beschäftigen. Die Emeritierung von Etienne POLTIER rechtfertigt es, kurz inne zu halten und eine Rückschau auf die bewegte Geschichte des

* Prof. Dr. iur., ehemaliger Vizepräsident des Schaffhauser Obergerichts.

schweizerischen Raumplanungsrechts vorzunehmen, aber auch einen Ausblick auf die zu erwartenden kommenden Entwicklungen zu wagen.¹ Der Tour d'horizon zeigt, dass die Geschichte des Raumplanungsrecht in unserem Land sehr stark durch Volksinitiativen und -abstimmungen und durch parlamentarische Vorstösse geprägt ist. Dies erstaunt in einem direktdemokratischen Staatssystem an sich nicht weiter, doch fällt auf, dass das Raumplanungsrecht in ganz besondere Weise durch die erwähnten Institutionen geprägt ist, wobei diese Anstösse – jedenfalls aus der Rückschau – teils der Verbesserung, teils aber auch der Verwässerung des Grundanliegens der Raumplanung (geordnete Besiedelung des Landes; Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebietes) dienen. Dies gilt insbesondere für zahlreiche parlamentarische Vorstösse und dürfte damit zusammenhängen, dass im Raumplanungsrecht ganz unterschiedliche Interessen an der Raumgestaltung und -nutzung aufeinander treffen und ausgeprägte Interessenkonflikte und unterschiedliche Vorstellungen je nach politischer Ausrichtung vorprogrammiert sind.²

II. Die Schaffung des Raumplanungsartikels vom 1969

Die Geschichte des Raumplanungsrechts beginnt auf Bundesebene bereits mit parlamentarischen Vorstössen in den eidgenössischen Räten und Volksinitiativen sowie Verfassungsabstimmungen in der Mitte des letzten Jahrhunderts. Die Ordnung der Raumnutzung blieb bekanntlich lange Zeit grundsätzlich den Kantonen vorbehalten. Mit der einsetzenden Hochkonjunktur nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde die Raumplanung auch auf Bundesebene zum Thema. Zwischen 1960 und 1963 wurden in den eidgenössischen Räten insgesamt acht Motionen und Postulate eingereicht und angenommen, die sich mit Fragen der Bekämpfung der Bodenspekulation sowie der Notwendigkeit einer Bodenpolitik befassten. Eine vom Departement des Innern einberufene Expertenkommission für Fragen der Landesplanung wies in ihrem Bericht vom 6. Oktober 1966 auf die damals sehr beschränkten Zuständigkeiten des Bundes und die fehlende Grundlage zur Schaffung von Zonenordnungen von Bundes wegen hin.³ Bereits 1962 reichte dann der Kanton Basel-Landschaft eine in die Form einer allgemeinen Anregung gekleidete Initiative gegen die Bodenspekulation ein und die Sozialdemokratische Partei der Schweiz doppelte 1963 zusammen mit dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund

¹ Einen ausgezeichneten Einblick in die Geschichte des Schweizer Raumplanungsrecht als Politik- und Fachbereich bietet das Werk von Martina KOLL-SCHRETZENMAYR; vgl. dazu auch meine Rezension in ZBl 2009, S. 123 f.

² Vgl. zur grossen Bedeutung der Volksinitiativen für die Rechtsentwicklung namentlich in sehr umstrittenen Problembereichen auch RAUSCH, Volksinitiativen, S. 425 ff.

³ Vgl. dazu den Bericht der Eidg. Expertenkommission für Fragen der Landesplanung vom 6. Oktober 1966, Bern 1967.

nach. Diese Volksinitiative war ebenfalls primär auf die Bekämpfung der Bodenspekulation ausgerichtet, verlangte vom Bund aber auch die Förderung einer sinnvollen Landes-, Regional- und Ortsplanung mit Vorkaufs- und Enteignungsrechten zugunsten des Gemeinwesens. Diese Initiative wurde am 2. Juli 1967 bei einem Ja-Anteil von nur 32,7 % deutlich abgelehnt,⁴ doch hatte der Bundesrat in seiner Botschaft zur abgelehnten Initiative zugesichert, dass er dem Parlament aufgrund der Initiative des Kantons Basel-Landschaft einen eigenen bodenrechtlichen Verfassungsvorschlag unterbreiten werde; auf einen direkten Gegenvorschlag zur SP-/Gewerkschaftsinitiative wurde verzichtet, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden.⁵ Der entsprechende Vorschlag, welcher eine Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} (bisher fehlende Verankerung der Eigentumsgarantie auf Bundesebene) und Art. 22^{quater} (neue Grundsatzgesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Raumplanung) vorsah, wurde dem Parlament noch im Jahr 1967 unterbreitet und nach der Beratung im Parlament, welches dem Raumplanungsartikel auch eine materielle Zielsetzung beifügte (zweckmässige Nutzung des Bodens und geordnete Besiedlung des Landes) am 14. September 1969 von Volk und Ständen mit deutlichem Mehr angenommen (rund 60 % Ja-Anteil; lediglich 2^{1/2} verwerfende Stände).⁶

III. Zwei Anläufe für das RPG 1979

Nach Annahme des Raumplanungsartikels in der Volksabstimmung vom Herbst 1969 setzte das Justiz- und Polizeidepartement am 19. März 1970 eine Expertenkommission unter der Leitung von Nationalrat Prof. Dr. Leo SCHÜRMAN ein, welche bereits im Herbst 1971 – nach Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens in der ersten Hälfte 1971 – einen Gesetzesentwurf für ein Raumplanungsgesetz ablieferte. Dieser bildete die Grundlage für die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972.⁷ Da absehbar war, dass sich die parlamentarische Beratung in die Länge ziehen könnten, erliess die Bundesversammlung bereits zuvor auf Antrag des Bundesrates am 17. März 1972 einen Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiet der Raumplanung (BMR), mit welchem die Kantone verpflichtet wurden, bis Ende Februar 1973 Gebiete zu bezeichnen, deren Be-

⁴ Vgl. zum Abstimmungsergebnis BBl 1967 II 49 ff.; angenommen wurde die Initiative nur im Kanton Genf.

⁵ Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über ein Volksbegehren gegen die Bodenspekulation, BBl 1966 I 878 ff., insbesondere S. 907.

⁶ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 15. August 1967, BBl 1967 II 133 ff. und zum Abstimmungsergebnis BBl 1969 II 1101 ff. Abgelehnt haben die Kantone Schwyz, Obwalden und Aargau.

⁷ BBl 1972 I 1453 ff.; vgl. dazu auch MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 130.

siedlung und Überbauung aus Gründen des Landschaftsschutzes, zur Erhaltung ausreichender Erholungsräume oder zum Schutz vor Naturgewalten vorläufig eingeschränkt oder verhindert werden sollte (provisorische Schutzgebiete).⁸ Die Gesetzesvorlage vom 31. Mai 1972 wurde von den eidgenössischen Räten am 4. Oktober 1974 ohne grundsätzliche Änderungen verabschiedet, was zeigt, dass das raumplanerische Problembewusstsein im Parlament damals sehr ausgeprägt vorhanden war. Der damalige Entwurf ging nämlich in verschiedener Hinsicht deutlich viel weiter als die später angenommene Gesetzesfassung von 1979.⁹ Gegen das im Herbst 1974 verabschiedete Raumplanungsgesetz erhob denn auch die «Ligue Vaudoise» das Referendum mit der Begründung, das Gesetz sei zu zentralistisch, zu technokratisch, unvereinbar mit der Eigentumsgarantie und zu kostspielig. Obwohl auch die bürgerlichen Parteien dem neuen Gesetz mehrheitlich zustimmten, wurde das Gesetz in der Volksabstimmung vom 13. Juni 1976 mit knapper Mehrheit (Nein-Anteil 51,1 %) abgelehnt.¹⁰

Bereits wenige Tage nach der Volksabstimmung wurden in den eidgenössischen Räten verschiedene Vorstösse zur Frage der weiteren Tätigkeit des Bundesrates im Bereich der Raumplanung unternommen, wobei eine von Nationalrat Otto KELLER eingereichte Motion angenommen wurde, welche den Bundesrat verpflichtete, ein neues Raumplanungsgesetz vorzulegen. Am 30. Juni 1976 unterbreitete der Bundesrat den Parlamentskammern überdies den Entwurf für eine befristete Verlängerung der dringlichen Massnahmen auf dem Gebiet der Raumplanung, welcher am 8. Oktober 1976 von den Räten verabschiedet wurde.¹¹ Aufgrund der bestehenden Vorarbeiten und einer Analyse der im Abstimmungskampf verwendeten Argumente arbeitete das Justiz- und Polizeidepartement sodann einen neuen Entwurf für ein Raumplanungsgesetz aus, welcher vom Bundesrat nach einer kurzen Vernehmlassung im Sommer 1977 am 27. Februar 1978 den eidgenössischen Räten unterbreitet wurde.¹² Der neue Entwurf wurde wesentlich entschlackt und beschränkte sich darauf, eine gewisse Einheitlichkeit des Raumplanungsrechts und die nötige interkantonale Koordination zu erreichen sowie die für die Erfüllung des Verfassungsauftrags unabdingbaren materiellen Mindestanforderungen bundesweit festzusetzen. In der parlamentarischen Beratung erfuhr die Vorlage keine

⁸ Vgl. dazu und zur Umsetzung dieses Bundesbeschlusses MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 129 f.; zur Bedeutung des Gewässerschutzgesetzes von 1971 quasi als sichernder Massnahme für die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 6.

⁹ Vgl. die Referendumsvorlage vom 4. Oktober 1974 (BBl 1974 II 816 ff.): detaillierte Regelung der kantonalen Richtplanung; Ermöglichung materieller Planungsgrundsätze des Bundes aufgrund von Untersuchungen, Richtlinienkompetenz des Bundes zur Förderung der Vereinheitlichung der Bau- und Planungsvorschriften; bundesrechtliche Grundsätze zur Mehrwertabschöpfung; Grundsatz des volkswirtschaftlichen Ausgleichs; bundesrechtliche Regelung der materiellen Enteignung.

¹⁰ Vgl. BBl 1976 II 1565 ff.; vgl. auch MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 130 f.

¹¹ Vgl. dazu BBl 1976 II 1254 ff. und AS 1977, S. 169.

¹² BBl 1978 I 1006 ff.

wesentlichen Veränderungen, zumal der Nationalrat als Zweitrat darauf achtete, dass das Gesetz nicht noch mehr abgeschwächt wurde. Nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist konnte das neue Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 auf den 1. Januar 1980 in Kraft treten.¹³

IV. Die RPG-Revisionen von 1995 und 1998

Bereits in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des RPG zeigte es sich, dass auf dem Bodenmarkt weiterhin gravierende Mängel bestanden (insbesondere Bodenspekulation und Baulandhortung) und der Vollzug des RPG zum Teil grosse Probleme bot. Schon in den 1970er-Jahren waren parlamentarische Vorstösse und weitere Volksinitiativen zum Bodenrecht eingereicht worden, wobei die Volksinitiativen aber – wohl auch weil die Schaffung eines Raumplanungsgesetzes im Vordergrund der politischen Auseinandersetzung stand – an der nötigen Unterschriftenzahl scheiterten. Bald nach Inkrafttreten des RPG reichten linke Kreise aber die «Stadt-Land-Initiative gegen die Bodenspekulation» ein, welche den Grundstückerwerb nur zum Eigengebrauch bei nachgewiesenem Bedarf oder zur Bereitstellung preisgünstiger Wohnungen zulassen und landwirtschaftliche Grundstücke einer Preiskontrolle unterwerfen wollte.¹⁴ Nach der deutlichen Ablehnung dieser radikalen Volksinitiative in der Volksabstimmung vom 4. Dezember 1988 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament aber bereits am 16. August 1989 bodenrechtliche Sofortmassnahmen im Siedlungsbereich, da ein Handlungsbedarf anerkannt war. Das Parlament verabschiedete in der Folge am 6. Oktober 1989 drei dringliche, bis 1994 befristete Bundesbeschlüsse zu den Themen Sperrfrist für die Veräusserung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke, Pfandbelastungsgrenzen bei solchen Grundstücken und Anlagevorschriften für Einrichtungen der Zweiten Säule.¹⁵ Für das Landwirtschaftsland wurde sodann am 4. Oktober 1991 das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) geschaffen, welches am 27. September 1992 in einer Referendumsabstimmung vom Volk angenommen wurde.¹⁶ Auf eine ursprünglich vorgesehene umfassende Revision des RPG verzichtete der Bundesrat jedoch, nachdem der Bericht der Expertenkommission JAGMETTI vom 16. Januar 1989 und ein gesetzgeberisches Projekt «Bodenrecht im Siedlungsbereich» aus dem Jahr 1993 ein völlig kontroverses Echo auslösten. Der Bundesrat beschränkte sich vielmehr aufgrund parlamentarischer Vorstösse und neuer

¹³ AS 1979, S. 1573 ff.; vgl. dazu und zu den weiteren Umsetzungsmassnahmen (Erlass von Ausführungsverordnungen) MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 131 f.

¹⁴ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 16. Dezember 1985 (BBl 1986 I 153 ff.).

¹⁵ AS 1989, S. 1974 ff., 1978 ff., 1981 ff.

¹⁶ Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 19. Oktober 1988 (BBl 1988 III 953 ff.) und AS 1993, S. 1410 ff.

Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf eine punktuelle Revisionsvorlage zum Erschliessungsrecht und zum Baubewilligungsverfahren (Vereinfachung, Beschleunigung und bessere Koordination dieser Verfahren). Diese Vorlage wurde vom Parlament am 6. Oktober 1995 angenommen und trat am 1. April 1996 (Erschliessungsrecht) bzw. am 1. Januar 1997 (Änderungen bei den Bewilligungsverfahren) in Kraft.¹⁷

Daneben blieb auch das Bauen ausserhalb der Bauzonen ein wichtiges Thema, für welches das RPG von 1979 mit einfachen Regeln einerseits landwirtschaftliche Bauten und Anlagen zulies, soweit sie für eine bodenabhängigen Bewirtschaftung nötig sind (Art. 16) und andererseits Ausnahmbewilligungen vorsah, soweit Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen standortgebunden sind und ihrer Erstellung keine überwiegenden Interessen entgegen stehen (Art. 24 Abs. 1). Überdies konnte das kantonale Recht gestatten, bestehende Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone zu erneuern, teilweise zu ändern oder wieder aufzubauen, wenn dies mit wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar war (Art. 24 Abs. 2). Während die Expertenkommission JAGMETTI noch eine bessere Abgrenzung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet vorgeschlagen hatte, verlangte eine von den eidgenössischen Räten 1991 erheblich erklärte Motion von Ständerat Ulrich ZIMMERLI eine angemessene Liberalisierung des Bauens ausserhalb der Bauzone, um den Strukturwandel in der Landwirtschaft zu erleichtern. Gestützt auf einen Bericht der Expertenkommission DURRER vom 25. März 1994 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament am 22. Mai 1996 eine entsprechende Vorlage,¹⁸ welche von den Räten in noch erweiterter Form am 20. Mai 1998 verabschiedet wurde.¹⁹ Die Fassung des Parlaments enthielt einerseits eine Neuumschreibung der Landwirtschaftszone im Sinne der Multifunktionalität, d.h. es wurde unter bestimmten Voraussetzungen auch eine bodenunabhängige Landwirtschaft ermöglicht (Übergang vom Produktions- zum Produktmodell). Ferner wurden neue Ausnahmen vom Prinzip des Bauverbots ausserhalb der Bauzonen eingeführt (Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen; kleingewerbliche Aufstockung; massvolle Erweiterung bestehender zonenwidriger Bauten). Das Bauen ausserhalb der Bauzonen wurde damit – anders als noch nach dem Vorschlag des Bundesrates – weitgehend abschliessend durch Bundesrecht geregelt. Den Kantonen verblieb einzig die Kompetenz, unter bestimmten Voraussetzungen auch landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen und Zweckänderungen bei schützenswerten Bauten und Anlagen zuzulassen und Intensivlandwirtschaftszonen zu schaffen. Angesichts dieser sehr weitgehenden Änderungen für das Bauen ausserhalb der Bauzone wurde das Referendum ergriffen, doch nahmen

¹⁷ Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 30. Mai 1994 (BBJ 1994 III 1075 ff.) und AS 1996, S. 965 ff.

¹⁸ BBJ 1996 III 513 ff.

¹⁹ BBJ 1998 II 1455 ff.

die Stimmberechtigten die Neuerungen in der Volksabstimmung vom 7. Februar 1999 mit einem Ja-Anteil von rund 56 % an.²⁰

V. Weitere Teilrevisionen und gescheitertes Raumentwicklungsgesetz

Mit der Revision des RPG von 1998 kehrte im Raumplanungsrecht keineswegs Ruhe ein; vielmehr war der Damm nun gebrochen. Am 2. Dezember 2005 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament aufgrund parlamentarischer Vorstösse bereits wieder eine Vorlage zur weiteren Öffnung der Landwirtschaftszone. Neu sollten in dieser Zone auch landwirtschaftliche Biogasanlagen und innere Aufstockungen eines Landwirtschafts- oder Gartenbaubetriebs zonenkonform sein. Die Zulassung nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetriebe wurde erweitert und landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen in bestehenden Bauten nun direkt aufgrund des Bundesrechts zugelassen, überdies auch bauliche Massnahmen für hobbymässige Tierhaltung. Ebenfalls direkt im Bundesrecht geregelt wurde die Zweckänderung von bestehenden schützenswerten Bauten und Anlagen. Den Kantonen sollte neu nur noch die Möglichkeit verbleiben, gegenüber dem Bundesrecht einschränkende Vorschriften zu erlassen.²¹ Die neuen Vorschläge wurden vom Parlament weitgehend unverändert übernommen.²² Im Rahmen der Weiterentwicklung der Landwirtschaftspolitik (!) wurde sodann in Art. 18a auch eine Regelung über Solaranlagen in Bau- und Landwirtschaftszonen eingefügt.²³ Weitere Teilrevisionen des RPG namentlich im Bereich des Bauens ausserhalb der Bauzonen erfolgten einzelsprungweise durch das Parlament aufgrund einer Standesinitiative des Kantons St. Gallen (Erweiterung der Besitzstandsgarantie von Art. 24c RPG)²⁴ bzw. einer parlamentarischen Initiative (Erleichterung der hobbymässigen Pferdehaltung in der Landwirtschaftszone; neuer Art. 24e).²⁵ Eine andere kleine, im Jahr 2010 erfolgte Änderung des RPG (Richtplanvorschriften für den Zweitwohnungsbau; Art. 8 Abs. 2 und 3 RPG) wurde inzwischen durch die vom Volk im März 2012 überraschend angenommene Zweitwohnungsinitiative bzw.

²⁰ BBl 1999 III 2912 ff. Abgelehnt haben die Kantone Glarus, Basel-Landschaft, Schaffhausen und die beiden Appenzeller Halbkantone, Vgl. dazu auch MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 134 ff. und zur Gesetzesrevision sehr kritisch GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 7 f.

²¹ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 2. Dezember 2005 (BBl 2005, S. 7097 ff.).

²² AS 2007, S. 3637 ff. Vgl. dazu MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 137 f. und GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 8.

²³ Vgl. dazu auch GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 133.

²⁴ Vgl. dazu Bericht der UREK-N vom 22. August 2011 (BBl 2011, S. 7083 ff.).

²⁵ Vgl. dazu Bericht der UREK-N vom 24. April 2012 (BBl 2012, S. 6589 ff.); vgl. zum Ganzen auch GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 9.

das darauf am 20. März 2015 erlassene Zweitwohnungsgesetz (ZWG) überflüssig.²⁶ Von der Planungspraxis kaum bemerkt worden ist ein 2016 mit dem neuen Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) eingefügtes, in seiner Tragweite noch kaum beleuchtetes neues Planungsziel (Förderung der Integration der Ausländerinnen und Ausländer sowie des gesellschaftlichen Zusammenhalts; Art. 1 Abs. 2 lit. f RPG).

In der gleichen Zeit wurde erstmals in der Legislaturplanung 2003-2007 eine umfassende Revision des RPG angekündigt.²⁷ Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) erarbeitete in diesem Sinn unter der Leitung einer dreiköpfigen Expertengruppe (Pierre-Alain RUMLEY, Stephan SCHEIDEGGER und Alexander RUCH) aufgrund einer Analyse des Raumentwicklungsberichts 2005 ein vollständig neues «Raumentwicklungsgesetz». Dieses verzichtete auf die bisherige Zonentrias (Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen) und sah nur noch eine Zweiteilung (Bauzonen und Kulturlandzonen) vor. Für das Bauen in den Kulturlandzonen war eine teilweise Rekantonalisierung vorgesehen: innerhalb der Grenzen des Bundesrechts sollte auf dem Weg der kantonalen Gesetzgebung geregelt werden, welche baulichen Massnahmen zulässig sind. Vorgesehen waren aber auch ein neues Planungsinstrument des Bundes (verbindliches Raumkonzept Schweiz), neue Abgaben (Versiegelungs- und Wohnflächenabgabe in der Kulturlandzone) und die Möglichkeit einer entschädigungslosen Rückzonung von Bauzonenland in eine Reservebauzone.²⁸ Der Vernehmlassungsentwurf vom 12. Dezember 2008 stiess jedoch in der Vernehmlassung weitgehend auf Ablehnung.²⁹ Überdies lancierten verschiedene Umweltorganisationen – quasi als flankierende Schutzmassnahme im Hinblick auf die anstehende Gesamtrevision des RPG – die Volksinitiative «Raum für Mensch und Natur (Landschaftsinitiative)», welche die Raumplanung in einem neuen Verfassungsartikel als Verbundaufgabe von Bund und Kantonen erklären, den Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet ausdrücklich in den Verfassungstext aufnehmen sowie ein 20-jähriges Moratorium für die Gesamtfläche der schweizerischen Bauzonen einführen wollte. Der Bundesrat beschloss darauf, auf eine Totalrevision zu verzichten und die Revision des RPG in zwei Etappen aufzuteilen (RPG1: Massnahmen für das Siedlungsgebiet; RPG 2: Bauen ausserhalb der Bauzonen).³⁰

²⁶ Vgl. dazu GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 11 f.; AS 2015, S. 5657 ff.

²⁷ Eine wissenschaftliche ETH-Fachtagung im November 2007 diagnostizierte ein weitgehendes Ungenügen des damals geltenden Raumplanungsrechts; vgl. RUCH/GRIFFEL, Raumplanungsrecht in der Krise. Im Anschluss an diese Fachtagung wurde der eingangs erwähnte Fachkreis Raumplanungsrecht (FRR) gegründet.

²⁸ Vgl. den im Internet zugänglichen Vernehmlassungsentwurf vom 12. Dezember 2008 und dazu auch MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 202 f.

²⁹ Vgl. dazu auch die Vernehmlassung des eingangs erwähnten Fachkreises Raumplanungsrecht vom 15. April 2009 sowie MARTI, Schutzzonen, S. 81 ff.

³⁰ Vgl. zur Landschaftsinitiative und zum Verzicht auf eine Totalrevision des RPG bzw. zur Aufteilung der Revision in zwei Etappen die beiden Botschaften des Bundesrates vom 20. Januar 2010

VI. Die Teilrevisionen «RPG 1» und «RPG 2»

In seiner Botschaft zu einer Teilrevision des RPG als indirektem Gegenvorschlag zur Landschaftsinitiative vom 20. Januar 2010 legte der Bundesrat dar, das Grundanliegen der Landschaftsinitiative (bessere Begrenzung des Siedlungsgebietes) sei berechtigt, doch solle auf einen direkten Gegenvorschlag, wie er im Parlament angeregt wurde (Postulat Werner LUGINBÜHL) verzichtet werden, da auch eine leichte Kompetenzverschiebung zum Bund aufgrund der Vernehmlassung zum REG nicht opportun sei und die übrigen Anliegen der Initiative ebenso gut auf dem Weg der Gesetzgebung vorgenommen werden könnten. Der Vorschlag des Bundesrates sah dementsprechend eine Verstärkung der Richtplanung (insbesondere zur Siedlungsbegrenzung), strengere Voraussetzungen an die Ausscheidung von Bauzonen und ein kantonales Bauzonenmoratorium bis zur Genehmigung der angepassten Richtpläne vor.³¹ Die eidgenössischen Räte übernahmen diese Vorschläge und reichten diese noch an (insbesondere bundesrechtliche Grundsatzregelung zur Ausgestaltung der Mehrwertabschöpfung, besserer Kulturlandschutz, Neuregelung der Solaranlagen in Art. 18a, Neuregelung der Erschliessungspflicht, Ausdehnung des kantonalen Bauzonenmoratoriums bis zum Vorliegen kantonaler Regeln über die Mehrwertabschöpfung). Die Landschaftsinitiative wurde aufgrund dieses Ergebnisses bedingt zurückgezogen, doch erhoben Gewerbekreise das Referendum gegen die Gesetzesvorlage. Das Schweizer Volk nahm die Gesetzesrevision jedoch am 3. März 2013 deutlich an (mit einem Ja-Stimmenanteil von 62,9 %), worauf die Änderung auf den 1. Mai 2014 in Kraft gesetzt wurde.³² Die Teilrevision «RPG 1» stellte und stellt an die Kantone sowohl im Bereich der Siedlungsbegrenzung als auch bei der Regelung der Mehrwertabschöpfung hohe Anforderungen, welche die Kantone bis zum Ablauf der Übergangsfrist am 1. Mai 2019 zu einem grossen Teil, aber nicht vollständig erfüllt haben.³³ So gilt aufgrund von Art. 38a RPG ab dem 1. Mai 2019 für die drei Kantone Tessin, Obwalden und Glarus ein Einzonungsstopp, weil noch kein vom Bund ge-

(BBl 2010, S. 1033 ff. zur Landschaftsinitiative und BBl 2010, S. 1049 ff. zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes als indirektem Gegenvorschlag zur Landschaftsinitiative).

³¹ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 20. Januar 2010 (BBl 2010 S. 1049 ff., insbesondere S. 1064 ff.

³² AS 2014, S. 899 ff. Vgl. dazu auch GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 8 f., 48 ff.; zu Hintergründen, Entstehungsgeschichte und Zielsetzung der Revision auch Alexander RUCH in: ZUFFEREY/WALDMANN, RPG-Revision 2014, S. 2 ff.

³³ Der eingangs erwähnte Fachkreis Raumplanungsrecht (FRR) organisierte zusammen mit dem Institut für Baurecht und dem Institut für Föderalismus der Universität Freiburg frühzeitig (am bereits am 5. September 2014) eine Fachtagung zur Umsetzung der Gesetzesrevision; vgl. ZUFFEREY/WALDMANN, RPG-Revision 2014; Etienne POLTIER hat in diesem Werk die neuen Fragen im Bereich der Mehrwertabschöpfung behandelt; vgl. a.a.O., S. 255 ff. zur Problematik der Verdichtung im bereits überbauten Gebiet auch MARTI, ISOS, S. 57 f.

nehmiger Richtplan vorliegt. In den meisten Kantonen mit genehmigten Richtplananpassungen bestehen sodann Auflagen des Bundesrates für die weitere Richtplananpassung. In fünf Kantonen (Genf, Luzern, Schwyz, Zug und Zürich) existieren überdies noch keine oder keine genügenden Regelungen zur Mehrwertabschöpfung, weshalb auch für diese Kantone seit dem 1. Mai 2019 ein Einzonungsstopp gilt.³⁴

Parallel zur Begleitung der Umsetzung der Teilrevision «RPG 1» arbeitete der Bund bereits ab 2012 intensiv an der Teilrevision «RPG 2» für den Bereich des Bauens ausserhalb der Bauzonen, welche er bereits 2010 mit dem Beschluss des Verzichts auf eine Totalrevision des RPG bzw. auf eine Weiterverfolgung des REG-Entwurfs angekündigt hatte und zu welcher ab 2011 ein ganzer Strauss von Standesinitiativen und parlamentarischen Vorstössen in beiden Räten erging. Überdies forderte auch die Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz mehr Spielraum für kantonale Regelungen.³⁵ Ein erster Vorentwurf wurde vom Dezember 2014 bis zum Mai 2015 in die Vernehmlassung gegeben, doch sind die Stellungnahmen überwiegend ablehnend ausgefallen (kein ausgewiesener Bedarf für die Revision bzw. ungenügende Berücksichtigung der Wirtschaft, Fülle von Einzelanliegen ohne klare Strategie statt Rahmengesetz). Der Bundesrat beschloss darauf am 4. Dezember 2015, die Revision auf wenige Kernthemen zu konzentrieren, bei denen der Revisionsbedarf ausgewiesen sei (u.a. Verzicht auf weitere Regeln zum Schutz der Fruchtfolgefleichen zugunsten einer Revision des entsprechenden Sachplans). Im Sommer 2017 wurde darauf ein neuer Gesetzesvorschlag des UVEK der Vernehmlassung unterbreitet, welcher für das Bauen ausserhalb der Bauzonen von einem neuen Konzept ausging (sog. Planungs- und Kompensationsansatz). Auch bezüglich dieses neuen Vorschlags war das Vernehmlassungsecho wiederum kritisch bis ablehnend, auch wenn Verbesserungen anerkannt wurden. Das ARE überarbeitete diesen neuen Entwurf im Winter/Frühling 2018 in Zusammenarbeit mit den Kantonen bzw. der BPUK, wobei der Planungs- und Kompensationsansatz vertieft und konkretisiert wurde (offenbar auch mit Machbarkeitschecks). Die Ergebnisse wurden mit den Verbänden und Organisationen sowie einzelnen Experten besprochen, worauf die Vorlage (nachfolgend E-RPG) in den letzten Amtswochen von Bundesrätin Doris LEUTHARD, welche sich für das Projekt stark eingesetzt hatte, dem Parlament zugeleitet wurde.³⁶

Inzwischen haben die Kommissionsberatungen im Erstrat (Nationalrat) begonnen. Der Ausgang dieser Debatten ist noch völlig offen, zumal die Wirtschaftsverbände die Notwendigkeit der Vorlage weiterhin in Frage stellen und bei den Umweltorganisationen

³⁴ Vgl. dazu die Änderung der Raumplanungsverordnung vom 10. April 2019 (AS 2019, S. 1309 f.) und dazu die anfangs Mai 2019 auf der Homepage des ARE publizierte Karte der Kantone mit Einzonungsstopp; zum Ganzen eingehend Stalder, Revision RPG1, S. 117 ff.

³⁵ Vgl. dazu GRIFFEL Raumplanungs- und Baurecht, S. 9 ff.

³⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 31. Oktober 2018 (BBl 2018, S. 7443 ff.).

eine grosse Skepsis bezüglich des angestrebten neuen Spielraums für die Kantone mit dem Planungs- und Kompensationsansatz besteht, welchen längst nicht alle Kantone befürworten. Nachdem eine sehr radikale, bereits unmittelbar nach der Revision «RPG 1» von den Jungen Grünen lancierte «Zersiedelungsinitiative» im Februar 2019 von Volk und Ständen deutlich abgelehnt worden war,³⁷ haben die Umweltverbände überdies im Frühling 2019 eine Doppelinitiative «Biodiversität und Landschaft» gestartet, wobei die Annahme der neuen «Landschaftsinitiative» den vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen Gestaltungsspielraum für die Kantone mit dem Planungs- und Kompensationsansatz wohl zum vorneherein ausschliessen würde.³⁸ Der Gesetzesentwurf «RPG 2» stellt allerdings keineswegs einfach ein Liberalisierungsgesetz dar. So finden sich im E-RPG neben dem problematischen Kompensations- und Aufwertungsmechanismus auch neue eingehendere Regeln zur Beseitigungspflicht für nicht mehr benötigte Bauten ausserhalb der Bauzonen (Art. 23*d-f*) sowie erstmals bundesrechtliche Strafbestimmungen im Raumplanungsrecht (Art. 24*h*). Auch sind neue Grundsätze zur Planung in funktionalen Räumen (Art. 2 Abs. 1^{bis}) und zur Nutzung des Untergrunds (Art. 3 Abs. 5) vorgesehen und es wird die Methode der Interessenabwägung im Gesetz umschrieben (Art. 2 Abs. 2^{bis}).

VII. Bewertung der Vorlage «RPG 2» und Ausblick

Das Schicksal des bundesrätlichen Entwurfes «RPG 2» ist nach dem Gesagten einstweilen noch völlig ungewiss. Kernstück der Vorlage bildet der vorgesehene neue Gestaltungsspielraum für die Kantone beim Bauen ausserhalb der Bauzone, wofür einerseits ein gebietsbezogener (Art. 8*c* i.V.m. Art. 18*a* E-RPG) und andererseits ein objektbezogener Planungs- und Kompensationsansatz (Art. 8*d* i.V.m. Art. 24*g* E-RPG) gewählt wurde. Der neue Gesetzestext ist aber selbst für Raumplanungsspezialisten sehr komplex und nur schwer verständlich (um nicht zu sagen monströs) und auch die Umsetzung ist unklar und wirft viele Fragen auf. Die bisher bestehenden Bau- und Umnutzungsmöglichkeiten

³⁷ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Zersiedelung stoppen – für eine nachhaltige Siedlungsentwicklung (Zersiedelungsinitiative)» vom 11. Oktober 2017 (BBl 2017, S. 6779 ff.) und zum Abstimmungsergebnis vom 10. Februar 2019 BBl 2019, S. 2873 f. (nur 36,34 Ja-Stimmenanteil; Ablehnung durch alle Kantone).

³⁸ Vgl. zu diesen beiden Volksinitiativen die Vorprüfungsberichte der Bundeskanzlei in BBl 2019, S. 2495 ff. und 2499 ff. Nach der Landschaftsinitiative soll der Trennungsgrundsatz Bau-/Nichtbaugebiet ausdrücklich in einem neuen Art. 75*c* BV verankert und vorgeschrieben werden, dass die Zahl der Gebäude und die von diesen beanspruchte Fläche ausserhalb der Bauzonen nicht zu nehmen darf; überdies würden die Bau- und Nutzungsmöglichkeiten bei bestehenden Bauten gegenüber dem geltenden Recht deutlich eingeschränkt. Zur früheren Landschaftsinitiative, zu welcher die Revision «RPG 1» einen indirekten Gegenvorschlag bildete, vgl. vorne bei Fn. 31 und 32.

ausserhalb der Bauzonen bleiben fast unverändert bestehen,³⁹ werden jedoch systematisch neu geordnet, wobei die allgemeine Ausnahmegewilligung nach dem heutigen Art. 24 RPG auf zwei Artikel aufgeteilt wurde, was nicht unbedingt dem Verständnis dient.⁴⁰ Über diese bereits heute sehr weitgehenden Ausnahmen hinaus, deren Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet an sich schon sehr fraglich ist, aber aufgrund von Art. 190 BV vom Bundesgericht nicht wirksam überprüft werden kann,⁴¹ sollen die Kantone nach dem erwähnten Planungs- und Kompensationsansatz weitere Ausnahmen ermöglichen können. Dabei bleibt unklar, wie der Kompensations- und Aufwertungsmechanismus konkret funktionieren soll (auf dem Planungs- oder Verfügungsweg im Zusammenhang mit der Bewilligung von konkreten Ausnahmen oder davon losgelöst durch eine Sanierungsplanung, wofür allenfalls der Vorschlag eines in der Bedeutung aber nicht klaren «Inventars der störenden Bauten» spricht).⁴² Diese wichtigen und heiklen Fragen werden mit gewissen bundesrechtlichen Vorgaben weitgehend der Regelung in der kantonalen Richtplanung überlassen. Das hat zwar den Vorteil, dass diese vom Bundesrat genehmigt werden muss, womit einem Wildwuchs in den Kantonen Grenzen gesetzt sind, doch stellt sich die Frage, ob es mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip vereinbar ist, über das bisherige Recht hinausgehende weitergehende Ausnahmemöglichkeiten (und umgekehrt die strengere Handhabung der Beseitigungspflicht bei sog. störenden bestehenden Bauten) allein auf dem Weg der (von Privaten und Organisationen nicht anfechtbaren) Richtplanung zu ermöglichen.⁴³

Will man den Kantonen wirklich mehr Gestaltungsspielraum zugestehen, wäre rechtsstaatlich jedenfalls eine beschränkte Gesetzesdelegation an die Kantone vorzuziehen. Dies hätte aber den Nachteil, dass das heute weitgehend abschliessend bundesrechtlich geregelte Bauen ausserhalb der Bauzonen teilweise rekantonalisiert würde.⁴⁴ Damit wären ebenfalls erhebliche Konsequenzen für den Rechtsschutz verbunden, welcher erwiesenermassen für die Durchsetzung des Trennungsgrundsatzes äusserst wichtig ist.⁴⁵

³⁹ Vgl. Art. 16a E-RPG für die Intensivlandwirtschaft und Art. 24a-24f E-RPG für die heutigen besonderen Ausnahmegewilligungen nach Art. 24a-d und Art. 37a RPG.

⁴⁰ Vgl. Art. 23a und 24 E-RPG.

⁴¹ Vgl. dazu GRIFFEL Raumpfanungs- und Baurecht, S. 9 f.

⁴² Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates, BBl 2018 S. 7470 ff.

⁴³ Vgl. zum Problem der Regelung grundsätzlicher Fragen durch die Richtplanung bereits MARTI in ZUFFEREY/WALDMANN, RPG-Revision 2014, S. 23 ff., insbesondere S. 37 ff. und S. 50 ff., zum neuen, heute geltenden System der Bauzonenredimensionierung.

⁴⁴ Vgl. zur ebenfalls bzw. weiterhin im Raum stehenden Frage einer allgemeinen Harmonisierung oder Vereinheitlichung des schweizerischen Bau- und Planungsrechts BOVAY, Unification ou harmonisation, S. 76 ff., und MARTI, Bau- und Planungsrecht, S. 198 ff.

⁴⁵ So wäre die Kognition des Bundesgerichts auf die Frage der Einhaltung der Grenzen der Delegationsvorschrift und im Übrigen auf eine Willkürprüfung des angewendeten kantonalen Rechts beschränkt (Art. 95 BGG). Überdies könnte das Bauen ausserhalb der Bauzone auch nicht mehr unein-

So stellt sich die Frage, ob auf diese Revision «RPG 2» nicht besser verzichtet oder ein neuer Anlauf unternommen werden sollte, welcher sowohl die Anforderungen des Trennungsgrundsatzes als auch des Legalitätsprinzips besser berücksichtigen und überdies dem schiebenweise Ritzen am grundsätzlichen Bauverbot ausserhalb der Bauzonen ein zumindest vorläufiges Ende setzen würde. Ein guter Ansatz dazu wäre die Übernahme der neu eingereichten Landschaftsinitiative, zu welcher allenfalls auch ein im Detail weniger weit gehender Gegenvorschlag ausgearbeitet werden könnte.⁴⁶ Die deutliche Ablehnung der «Zersiedlungsinitiative» im vergangenen Februar spricht zwar auf den ersten Blick gegen einen solchen Weg, doch ist zu beachten, dass diese Initiative mit einem unbefristeten Bauzonenmoratorium für die Gesamtfläche der Schweizer Bauzonen viel weiter ging als die neue Landschaftsinitiative⁴⁷ und – jedenfalls nach einer verbreiteten Meinung – auch die laufende Bauzonenredimensionierung nach den Regeln der Revision «RPG 1» in Frage gestellt hätte. Überdies wird über das Schicksal der Revision «RPG 2» das im kommenden Herbst neu zu wählende Bundesparlament entscheiden, welches nach den heutigen Prognosen – u.a. aufgrund des Klimawandels, der in breiten Kreisen zunehmend zu denken gibt – deutlich umweltbewusster zusammengesetzt sein dürfte als das heutige.⁴⁸

Literaturverzeichnis

- BOVAY Benoît, *Unification ou harmonisation du droit de l'aménagement du territoire et des constructions?*, ZSR 2008 II 5 ff. (zit. Unification ou harmonisation).
- GRIFFEL Alain, *Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell*, 3. A., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. Raumplanungs- und Baurecht).
- KOLL-SCHRETZENMAYR Martina, *Gelungen - misslungen? – Die Geschichte der Raumplanung Schweiz*, Zürich 2008 (zit. Geschichte der Raumplanung).
- MARTI Arnold, *Bau- und Planungsrecht in der Schweiz: Vereinheitlichung, Harmonisierung oder Status quo*, ZSR 2008 II 119 ff. (zit. Bau- und Planungsrecht).
- MARTI Arnold, *Raumplanerische Schutzzonen als unentbehrliches bundesrechtliches Schutzinstrument für den Natur- und Heimatschutz*, URP 2010, S. 81 ff. (zit. Schutzzonen).
- MARTI Arnold, *Die Entdeckung des ISOS als Glücksfall*, ZBl 2019, S. 57 f. (zit. ISOS).

geschränkt als Bundesaufgabe bezeichnet werden, was Konsequenzen für die Verbandslegitimation nach Art. 12 ff. NHG haben könnte.

⁴⁶ Vgl. zum Inhalt der Landschaftsinitiative oben Fn. 38.

⁴⁷ Vgl. dazu oben bei Fn. 37.

⁴⁸ Vgl. allerdings zur Stimmung in der Bevölkerung und zum bisherigen Verhalten der Politik in der Raumplanung auch sehr kritisch GRIFFEL *Raumplanungs- und Baurecht*, S. 271 f.

- RAUSCH Heribert, Volksinitiativen als Motor der Gesetzgebung, *ZSR* 2008 I 425 ff. (zit. Volksinitiativen).
- RUCH Alexander / GRIFFEL Alain (Hrsg.), *Raumplanungsrecht in der Krise – Ursachen-Auswege-Perspektiven*, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. Raumplanungsrecht in der Krise).
- STALDER Beat, Die Revision RPG 1 nach Ablauf der Übergangsfrist von Art. 38a RPG, *BR* 2019, S. 117 ff. (zit. Revision RPG1).
- ZUFFEREY Jean-Baptiste / WALDMANN Bernhard (Hrsg.), *Revision Raumplanungsgesetz 2014 – Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?*, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. RPG-Revision 2014).

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)

Inhalt	Seite
Einleitung	965
I. Ortsbildschutz bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (direkte Geltung)	967
A. Zum Begriff der Bundesaufgabe	967
B. Das Gebot der ungeschmälernten Erhaltung	969
C. Die Gutachten der ENHK bzw. der EDK	970
D. Das Gebot grösstmöglicher Schonung und die Interessenabwägung	971
E. Die Verbandsbeschwerde	973
II. Die Berücksichtigung des ISOS bei der Erfüllung kantonaler Aufgaben (indirekte Wirkung)	973
A. Die Rechtsprechung bis 2009 und der Grundsatzentscheid Rüti	973
B. Die Berücksichtigung des ISOS in der Richt- und Nutzungsplanung	975
C. Die Berücksichtigung des ISOS im Baubewilligungsverfahren	975
Fazit und Zusammenfassung	978

Einleitung

Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 5 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz¹ drei Bundesinventare mit Objekten von nationaler Bedeutung erlassen: Eines über die schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS), ein zweites über die Landschaften und Naturdenkmäler (BLN) und ein drittes über die historischen Verkehrswege (IVS). Die detaillierten Regelungen ergeben sich aus den gleichnamigen

* Bundesrichter, Mitglied der Öffentlich-rechtlichen Abteilung; der Autor dankt Frau Alexandra Gerber, wissenschaftliche Beraterin am Bundesgericht, für ihre wertvolle Mitarbeit

¹ NHG; SR 451.

Verordnungen und ihren Anhängen². Für die inventarisierten Objekte gilt der besondere Schutz nach Art. 6 NHG. Von diesen Inventaren zu unterscheiden sind diejenigen, die der Bundesrat gestützt auf Art. 18a NHG, Art. 23b NHG und Art. 11 JSG³ erstellt hat (z.B. über die Auengebiete, die Moore und Moorlandschaften und die Wasser- und Zugvogelreservate) und die in die Bundeskompetenz fallen (Art. 78 Abs. 4 und 5, Art. 79 und Art. 80 Abs. 1 BV).

Grundlage für die Praxis des Bundesgerichts zum ISOS ist die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung: Gemäss Art. 78 Abs. 1 BV sind für den Natur- und Heimatschutz die Kantone zuständig. Der Bund ist jedoch nach Art. 78 Abs. 2 BV verpflichtet, bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen. Wie sich aus den Materialien zur verfassungsrechtlichen Vorgängerbestimmung (Art. 24^{sexies} altBV) ergibt, ist dieser Auftrag umfassend zu verstehen. Es handelt sich nicht um eine Programmvorschrift, sondern um eine Norm mit rechtsverbindlichem Inhalt, die den Bund verpflichtet, in allen Bundeserlassen und bei sämtlichen in seine Kompetenz fallenden Massnahmen die Interessen des Natur- und Heimatschutzes zu berücksichtigen⁴. Diese Verpflichtung wird in den Art. 2 ff. NHG konkretisiert.

Aus der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen ergibt sich, dass dem ISOS eine unterschiedliche Rolle und Verbindlichkeit zukommt, je nachdem, ob es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe geht oder um ein Vorhaben ausschliesslich im kantonalen bzw. kommunalen Zuständigkeitsbereich. Im Folgenden wird zunächst auf die Rechtsprechung zur unmittelbaren Geltung des ISOS im Rahmen der Erfüllung von Bundesaufgaben eingegangen (Ziff. I hiernach). Anschliessend ist die bundesgerichtliche Praxis zur indirekten Verbindlichkeit des ISOS zu beleuchten, insbesondere im Rahmen der Nutzungsplanung und im Baubewilligungsverfahren (nachstehend Ziff. II).

² Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 (VISOS; SR 451.12); Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 29. März 2017 (VBLN; SR 451.11); Verordnung über das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz vom 14. April 2010 (VIVS; SR 451.13).

³ Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (SR 922.0).

⁴ Botschaft zu Art. 24^{sexies} BV vom 19. Mai 1961 (BBl 1961 I 1093 ff., S. 1111); vgl. auch Botschaft NHG, BBl 1965 S. 92 f. und BGE 144 II 218 E. 6.2 S. 228 f. (Pflanzenschutzmittel).

I. Ortsbildschutz bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (direkte Geltung)

A. Zum Begriff der Bundesaufgabe

Gemäss Art. 3 Abs. 1 NHG sorgen der Bund und die Kantone bei der Erfüllung von Bundesaufgaben insbesondere dafür, dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild geschont wird und, wo das allgemeine Interesse an ihm überwiegt, ungeschmälert erhalten bleibt. Die lit. a bis c von Art. 2 Abs. 1 NHG enthalten eine nicht abschliessende Aufzählung, was unter der Erfüllung einer Bundesaufgabe zu verstehen ist. Dazu gehören Bauten und Anlagen des Bundes und seiner Anstalten und Betriebe, insbesondere Nationalstrassen⁵ und Bahnanlagen⁶ (lit. a). Der Erfüllung einer Bundesaufgabe dienen sodann Plangenehmigungen des Bundes, z.B. für Hochspannungsleitungen⁷ oder Flughafenanlagen, sowie die in lit. b ausdrücklich genannten Rodungsbewilligungen. Bundesaufgaben nimmt der Bund auch wahr, wenn er Beiträge an kantonale Vorhaben leistet, z.B. an Meliorationen⁸, Gewässerkorrekturen oder Verkehrsanlagen (lit. c). Art. 2 Abs. 2 NHG stellt Entscheide kantonalen Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Beiträgen des Bundes verwirklicht werden, den Bundesaufgaben gleich⁹. Erforderlich ist praxisgemäss ein projektbezogener Beitrag¹⁰. So genügt z.B. nicht, dass die benachbarte Kathedrale oder Dorfkirche mit einer Bundessubvention renoviert wurde¹¹.

Das Bundesgericht hat zahlreiche weitere Fälle anerkannt, in denen eine Bundesaufgabe vorliegt. Voraussetzung ist, dass sich eine Verfügung auf hinreichend detailliertes, direkt anwendbares Bundesrecht stützt und einen direkten Bezug zum Natur- und Heimatschutz aufweist¹². Dies kann der Fall sein, weil die bundesrechtliche Regelung (zumindest auch) dem Schutz von Natur, Landschaft oder Heimat dient, oder aber der bundesrechtliche Auftrag die Gefahr der Beeinträchtigung schützenswerter Natur, Ortsbilder oder Landschaften in sich birgt und deshalb die Rücksichtnahme auf die Schutzinteressen sichergestellt werden muss¹³. Nicht erforderlich ist ein konkreter räumlicher Bezug¹⁴.

⁵ Z.B. 1C_409/2008 vom 8. April 2009, in BGE 135 II 238 nicht publ. E. 4 (Sentibrücke Luzern).

⁶ Z.B. 1E.24/2001 vom 17. April 2002 E. 3.1 (Eisenbahntunnel St. Blaise).

⁷ Z.B. 1C_129/2012 vom 12. November 2012 (Übertragungsleitung Wattenwil-Gasel-Mühleberg).

⁸ Z.B. BGE 116 Ib 309 E. 4 S. 315 ff. (Forsterschliessung Bollodigen).

⁹ Z.B. 1C_71/2016 vom 28. Juli 2016 (Strassenkorrektur Schluen), in: URP 2017 S. 285.

¹⁰ 1C_196/2010 vom 16. Februar 2011 E. 1.2 m.H. (Lausanne).

¹¹ 1A.278/2000 vom 26. April 2001 E. 1b/cc (Lausanne); 1A.11/2007 vom 16. Mai 2007 E. 2.5 (Same-dan).

¹² BGE 142 II 509 E. 2 S. 511 ff. m.H. (Adligenswil).

¹³ BGE 139 II 271 E. 9.4 S. 275 m.H. (Lausanne).

¹⁴ BGE 144 II 218 E. 4 ff. S. 221 ff. (Pflanzenschutzmittel).

Gestützt auf diese Kriterien geht das Bundesgericht für Bauten ausserhalb der Bauzone vom Vorliegen einer Bundesaufgabe aus, nicht nur für Ausnahmegewilligungen nach Art. 24 RPG¹⁵, sondern auch für zonenkonforme Bauten und Anlagen¹⁶. Eine Bundesaufgabe wird (auch innerhalb der Bauzone) bejaht bei Zivilschutzbauten¹⁷ und Mobilfunkantennen¹⁸, Zweitwohnungen in Anwendung von Art. 75b BV und der darauf gestützten Gesetzgebung¹⁹ sowie für die in Art. 18a RPG geregelten Solaranlagen auf Dächern²⁰. Das gleiche gilt, wenn ein Projekt oder eine Planung auf eine bundesrechtliche Spezial- oder Ausnahmegewilligung angewiesen ist, z.B. weil sie den Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 GSchG beansprucht²¹ oder eine Ausnahme zur Unterschreitung des Grundwasserspiegels benötigt²², die Beseitigung von Ufervegetation nach Art. 22 NHG bedingt oder zur Beeinträchtigung eines schutzwürdigen Biotops nach Art. 14 Abs. 6 NHV führt. Für solche Bewilligungen sind auch die Interessen des Ortsbildschutzes miteinzubeziehen und kommt das ISOS direkt zur Anwendung.

Ansonsten aber gehört die Erteilung von Baubewilligungen innerhalb der Bauzone zu den Aufgaben der Kantone bzw. Gemeinden. Die Aufnahme einer Baute in das ISOS allein bedeutet nicht, dass ihr Schutz damit zur Bundesaufgabe wird²³. Gleiches gilt grundsätzlich für die Nutzungsplanung. Allerdings wurde schon früh die Beschwerdebefugnis der Verbände zur Geltendmachung einer Umgehung von Art. 24 RPG anerkannt, insbesondere durch Ausscheidung unzulässiger Kleinbauzonen²⁴. Unter diesem Blickwinkel hat das Bundesgericht eine Bundesaufgabe angenommen bei Einzonung eines isolierten Gebiets in einer Gemeinde mit übergrosser Bauzone²⁵ und im Fall der Beibehaltung einer unüberbauten Kleinstbauzone anlässlich einer Revision der Nutzungsplanung²⁶. Im Jahre 2017 ging das Bundesgericht einen Schritt weiter und qualifizierte auch Neueinzonungen gestützt auf den revidierten Art. 15 RPG als Bundesaufgabe²⁷. Es hatte

¹⁵ grundlegend BGE 112 Ib 70 E. 4b S. 74 ff. (Feusisberg).

¹⁶ 1C_17/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 1 (Amlikon-Bissegg), in: URP 2016 S. 37; ZBI 117/2016 S. 548; RDAF 2017 I S. 378.

¹⁷ 1A.231/1998 vom 12. Junli 1999 E. 1b/bb (Begnins), in: RDAF 2000 I S. 141; URP 2000 S. 659.

¹⁸ BGE 131 II 545 E. 2.2 S. 547 f. m.H. (Bronschhofen).

¹⁹ BGE 139 II 271 (Savognin).

²⁰ 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016 (Solaranlage Lungern), in: URP 2016 S. 568; RDAF 2017 I S. 403; ZBI 118/2017 S. 624; vgl. auch 1C_444/2017 vom 20. August 2018 E. 3 (Castel San Pietro).

²¹ BGE 143 II 77 E. 3.1 S. 85 (Seestatt); 1C_217/2018 vom 11. April 2019 E. 4 (Buchrain).

²² 1C_482/2012 vom 14. Mai 2012 E. 3 (Kantonalbank Sarnen I), in: URP 2014 S. 637; RDAF 2015 I S. 370; zumindest ungenau in diesem Punkt aber 1C_548/2017 vom 3. April 2018 E. 2.2 (Stabio).

²³ Z.B. 1C_700/2013 vom 11. März 2014 E. 2.4 m.H. (Interlaken), in: URP 2014 S. 282; RDAF 2015 I S. 355.

²⁴ BGE 124 II 391 E. 2c S. 394 m.H. (Ersigen).

²⁵ 1C_529/2012 vom 2. Oktober 2013 E. 4.3 (Mollens), in: RDAF 2014 I S. 30.

²⁶ 1C_636/2015 vom 26. Mai 2016 (Vollèges), in: URP 2016 S. 597.

²⁷ BGE 142 II 509 E. 2.5 f. S. 514 ff. (Adligenswil).

bisher noch keine Gelegenheit, sich zu den Konsequenzen dieser Rechtsprechung für die Verbindlichkeit des ISOS bei Neueinzonungen bzw. bei nach Art. 15 RPG erforderlichen Rückzonungen zu äussern. Angesichts der dabei von Bundesrechts wegen gebotenen umfassenden Interessenabwägung (Art. 15 RPG, Art. 3 RPV), die auch den Einbezug anderer als ortsbildschützerischer Planungsanliegen verlangt, wird das ISOS aber wohl selbst bei Annahme direkter Anwendbarkeit in der Regel keinen Vorrang beanspruchen können; seine Berücksichtigung steht mit Interessen von zum Teil ebenfalls nationaler Bedeutung in Konkurrenz (vgl. lit. B und D hiernach). Die Aufnahme in das ISOS könnte jedoch in speziellen Situationen entscheidend sein. Im Übrigen hat das Bundesgericht im letztzitierten Urteil klargestellt, dass keine Bundesaufgabe vorliegt, wenn nicht die Dimensionierung des Baugebiets, sondern dessen Ausgestaltung zu beurteilen ist, etwa Art und Mass der baulichen Nutzung bei Um- und Aufzonungen. Hierfür enthält das RPG weiterhin nur Rahmenvorgaben, die vom kantonalen Recht zu konkretisieren sind.

B. Das Gebot der ungeschmälerten Erhaltung

Durch die Aufnahme eines Objekts in das ISOS wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Art. 6 Abs. 2 NHG verstärkt diese Schutzwürdigkeit der inventarisierten Objekte bei Erfüllung einer Bundesaufgabe, indem ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung nur in Erwägung gezogen werden darf, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (vgl. lit. D hiernach). Nach ständiger Rechtsprechung bedeutet die Aufnahme in das ISOS nicht, dass sich am bestehenden Zustand überhaupt nichts mehr ändern darf. Der Zustand eines Objektes soll aber gesamthaft betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Ortsbildschutzes nicht verschlechtert werden. Allfällige Nachteile einer Veränderung müssen durch anderweitige Vorteile wenn möglich ausgeglichen werden.

Vorweg stellt sich somit die Frage, ob ein Bauvorhaben zu einem Eingriff führt, der die Schutzziele des Inventars berührt. Auszugehen ist von der jeweiligen Umschreibung des Schutzgehalts, d.h. die mögliche Beeinträchtigung ist an den im Inventar umschriebenen Schutzziele zu messen. Das ISOS umschreibt diese zwar detailliert, aber nicht immer leicht verständlich, was seine Anwendung erschweren kann (z.B. wenn das Vorhaben in der Umgebungsrichtung, aber doch in einiger Entfernung zum inventarisierten Gebiet ausgeführt werden soll²⁸).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift der verstärkte Schutz von Art. 6 Abs. 2 NHG nicht bei leichten Eingriffen, die nur mit einem geringfügigen Nachteil für

²⁸ 1C_347/2016 vom 5. September 2017 (Gryon); 1A.142/2004 vom 10. Dezember 2001 (Neuendorf).

das Schutzziel verbunden sind. Derartige Eingriffe sind zulässig, wenn sie im Rahmen einer Interessenabwägung gerechtfertigt erscheinen und der Nachteil mit qualitativ gleichwertigen Ersatzmassnahmen ausgeglichen werden kann, so dass der Zustand des Objekts insgesamt nicht verschlechtert wird. Diesfalls genügt praxismässig eine einfache Interessenabwägung, d.h. es muss kein Eingriffsinteresse von nationaler Bedeutung vorliegen²⁹.

Der Unterscheidung zwischen geringfügigen und schweren Eingriffen kommt daher eine grosse praktische Bedeutung zu; sie kann - sofern keine national bedeutenden Interessen an einem Vorhaben bestehen – entscheidend sein. Zahlreiche Entscheide, namentlich über Mobilfunk- und Solaranlagen, befassen sich deshalb mit dieser Abgrenzung³⁰.

C. Die Gutachten der ENHK bzw. der EDK

Kann ein Inventarobjekt erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, so hat die Entscheidbehörde ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EDK) einzuholen (Art. 7 Abs. 2 NHG). Diese geben im Gutachten an, ob das Objekt ungeschmälert zu erhalten oder wie es zu schonen ist. Ein Gutachten ist z.B. erforderlich für den Abbruch eines Altbaus mit Erhaltungsziel A im Gewässerraum³¹, den Abbruch/Wiederaufbau einer inventarisierten Klostermauer zum Bauen unterhalb des Grundwasserspiegels³², die Lärmsanierung eines Nationalstrassenabschnitts³³ und zur Erweiterung einer Deponie im BLN-Gebiet³⁴.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt den Gutachten der ENHK und der EDK ein grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde die freie Beweiswürdigung zusteht. Dies trifft namentlich auch für die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächli-

²⁹ BGE 127 II 273 E. 4c S. 282 ff. m.H. (Ermatingen).

³⁰ Mobilfunkanlagen: 1A.30/2007 vom 9. Oktober 2007 E. 4.4 f. (Baden); 1C_38/2007 vom 27. August 2007 E. 2 (Hahnberg); 1C_360/2009 vom 3. August 2010 E. 3 (St. Prex); 1C_810/2013 vom 14. Juli 2014 E. 6.3 (Meilen); 1C_348/2017 vom 21. Februar 2018 E. 5 (Luzern); 1C_152/2017 vom 28. August 2018 E. 4.3 f. (Tägerwilten); 1C_681/2017 vom 1. Februar 2019 E. 5.4 f. (Luzern); Solaranlagen: 1C_26/2016 vom 16. November 2016 E. 4 (Stampagarten Chur) und die Urteile in Fn 20; Beleuchtungsanlage: BGE 123 II 256 (Pilatus).

³¹ BGE 143 II 77 E. 3.3 S. 86 (Seestatt).

³² 1C_482/2012 vom 14. Mai 2012 E. 3.4 f. (Kantonalbank Sarnen I).

³³ 1C_409/2008 vom 8. April 2009 E. 4 (Sentibrücke Luzern), nicht publ. in BGE 135 II 238, in: URP 2009 S. 623; RDAF 2010 I S. 411.

³⁴ 1C_361/2008 vom 27. April 2009 E. 7 (Schlatt), in: URP 2009 S. 877; Pra 2010 Nr. 26 S. 180.

chen Feststellungen zu³⁵. Die Kommission soll sich namentlich zur möglichst ungeschmälernten Erhaltung des Objekts äussern und aufzeigen, auf welche Weise es geschont werden kann, wobei sie Auflagen vorschlagen kann³⁶. Dies gilt grundsätzlich auch für fakultative Gutachten gemäss Art. 8 NHG³⁷ und Art. 17a NHG³⁸ sowie für Stellungnahmen der kantonalen Fachstellen³⁹.

Fälle, in denen das Bundesgericht von Gutachten der Kommission abgewichen ist, sind selten⁴⁰. Unbeachtlich ist ein Gutachten namentlich insoweit, als es sich nicht zu den Schutzziele äussert⁴¹ oder aus rechtlichen Gründen keine Rolle spielt⁴².

D. Das Gebot grösstmöglicher Schonung und die Interessenabwägung

Das Gebot der grösstmöglichen Schonung (Art. 6 Abs. 1 NHG) verlangt, dass der Eingriff soweit möglich minimiert wird⁴³. Danach hat die Bauherrschaft für besondere Massnahmen zum bestmöglichen Schutz des Objektes, zur Wiederherstellung oder ansonsten für angemessenen Ersatz zu sorgen, wenn sich eine Beeinträchtigung als zulässig erweist. Dabei ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, d.h. der Eingriff muss unvermeidlich sein und auf ein Mindestmass beschränkt werden. Diese Grundsätze gelten ebenfalls, wenn nur eine geringfügige Beeinträchtigung vorliegt⁴⁴. In Betracht fallen im Zusammenhang mit Bauvorhaben insbesondere der Rückbau von nicht mehr benötigten landschafts- oder ortsbildstörenden Anlagen⁴⁵, unter Umständen auch eine finanzielle Beteiligung an anderweitigen Massnahmen der Ortsbild- und Landschaftspflege.

Führt ein Vorhaben zu einem schweren Eingriff, prüft das Bundesgericht zunächst, ob die mit dem Projekt verfolgte Aufgabe als solche einem Interesse von nationaler Bedeutung dient. Trifft dies zu, ist weiter zu untersuchen, ob das Vorhaben ausreichend zur Verwirklichung dieser Aufgabe beiträgt. Die abstrakte Anerkennung einer Aufgabe als national

³⁵ BGE 127 II 273 E. 4b S. 281 (Ermatingen); 1A.185/2006 vom 5. März 2007 E. 6.1 m.H. (Giessbach), in: URP 2007 S. 461; BGE 145 II 176 E. 5.6 (Schaffhausen/Fischerhäuser).

³⁶ BGE 136 II 214 E. 5 S. 223 f. (Aroser Weisshorn); 127 II 273 E. 4b S. 281.

³⁷ BGE 136 II 214 E. 5 S. 223 m.H. (Aroser Weisshorn); 1C_542/2012 vom 14. Mai 2013 E. 5 f. (Biel).

³⁸ 1C_893/2013 vom 1. Oktober 2014 (Roggwil/Berg).

³⁹ 1P.185/1999 vom 22. Juli 1999 E. 5 f. (Schaffhausen), in: URP 1999 S. 794; RDAF 2000 I S. 767.

⁴⁰ BGE 123 II 256 E. 7 S. 266 f. (Pilatus).

⁴¹ 1C_173/2016 vom 21. März 2017 E. 5.5 f. (Erlach).

⁴² BGE 143 II 241 (Grimsel).

⁴³ BGE 127 II 273 E. 4c S. 283 (Ermatingen); 1C_357/2015 vom 1. Februar 2017 E. 4.2.4 (Kleinwasserkraftwerk Blatten), in: URP 2017 S. 383.

⁴⁴ Vgl. 1C_152/2017 vom 28. August 2018 E. 4.8 (Tägerwil).

⁴⁵ Vgl. BGE 136 II 214 E. 6.4 S. 227 ff. (Aroser Weisshorn).

bedeutend heisst somit nicht ohne Weiteres, dass auch jedes konkrete Vorhaben zur Verwirklichung der Aufgabe von nationaler Bedeutung ist. Im Fall der Kantonalbank Sarnen⁴⁶ z.B. anerkannte das Bundesgericht zwar die Interessen der Siedlungsentwicklung nach Innen und der Förderung des öffentlichen Verkehrs als national bedeutsam. Es hielt jedoch dafür, dass dem Interesse an einer Verdichtung auch mit einem redimensionierten Projekt Rechnung getragen werden kann und dass eine unterirdische Park+Ride-Anlage keine Hochbaute mit der vorgesehenen Volumetrie bedingt

Die nationale Bedeutung eines Projekts kann sich insbesondere aus einem Sachplan oder Konzept des Bundes ergeben⁴⁷. Art. 12 des Energiegesetzes⁴⁸ verankert erstmals gesetzlich, dass die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau im nationalen Interesse liegen (Abs. 1) und dass solchen Anlagen ab einer bestimmten Grösse bzw. Leistung nationale Bedeutung zugesprochen wird (Abs. 2)⁴⁹. Bisher gibt es dazu noch keine bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Ist ein dem Beeinträchtigungsverbot entgegenstehendes nationales Interesse zu berücksichtigen, kommt es zu einer Interessenabwägung. In der Regel verlangt das Bundesgericht eine möglichst umfassende Gewichtung, was für den Einbezug aller Interessen für und gegen das Vorhaben spricht⁵⁰. Es genügt nicht, den im ISOS detailliert umschriebenen Schutzinteressen bloss allgemein ein anderes nationales Interesse (z.B. an der Verdichtung) entgegenzuhalten, um vom Gebot der ungeschmälernten Erhaltung abrücken zu können⁵¹. Entgegenstehende Interessen sind von der Bauherrschaft zu konkretisieren, damit ihnen im Rahmen der Interessenabwägung ein bestimmtes Gewicht beigemessen werden kann. Der zunehmende Katalog der als national bedeutend anerkannten Interessen erlaubt in letzter Zeit vermehrt, auch Kompromisslösungen zu finden. Solche haben umso bessere Chancen, je qualitätsvoller das geplante Vorhaben ist. Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Interessenabwägung ebenfalls die vorgesehenen Ersatzmassnahmen⁵². Notwendiger und wesentlicher Bestandteil der Interessenabwägung ist zudem eine Variantenprüfung⁵³. Die Behörde ist jedoch nur verpflichtet, ernsthaft in Betracht

⁴⁶ 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Kantonalbank Sarnen II), in: URP 2018 S. 164.

⁴⁷ Z.B. Sachplan Verkehr des Bundes mit Anerkennung bestimmter Abbaustellen von Hartgestein für Bahnschotter als national bedeutend.

⁴⁸ Energiegesetz vom 3. September 2016 (EnG; SR 730.0).

⁴⁹ Vgl. Art. 8 f. der Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01).

⁵⁰ Vgl. z.B. BGE 137 II 266 E. 4 S. 275 m.H. (Starkstromleitung Riniken).

⁵¹ Vgl. dazu 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Kantonalbank Sarnen II), in: URP 2018 S. 164.

⁵² 1C_346/2014 vom 26. Oktober 2016 E. 4.4 und 6 (Windpark Schwyberg), in: URP 2017 S. 45; ZBI 118/2017 S. 668.

⁵³ ständige Praxis, vgl. dazu 1C_152/2017 vom 28. August 2018 E. 4.5 und 4.7 (Tägerwilten).

fallende Varianten näher zu prüfen und kann andere Varianten bereits aufgrund einer summarischen Beurteilung ausscheiden⁵⁴.

E. Die Verbandsbeschwerde

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. b NHG sind die Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten Zielen widmen, zur Beschwerde berechtigt, sofern sie gesamtschweizerisch tätig sind und rein ideelle Zwecke verfolgen; sie werden vom Bundesrat bezeichnet (Art. 12 Abs. 3 NHG⁵⁵). Die nur kantonal aktiven Organisationen, die nach kantonalem Recht beschwerdeberechtigt sind, können vor Bundesgericht lediglich die Verletzung ihrer Parteirechte im kantonalen Verfahren geltend machen, aber weder direkt noch indirekt eine Überprüfung des kantonalen Sachentscheids erwirken⁵⁶.

Voraussetzung zur Beschwerdeführung vor Bundesgericht ist zudem, dass eine Bundesaufgabe vorliegt. Daran scheitern die meisten Beschwerden, welche die Beeinträchtigung von ISOS-Objekten in der Bauzone betreffen, weil die Nutzungsplanung und Baubewilligungen im Siedlungsgebiet in der Regel keine Bundesaufgaben darstellen⁵⁷ (vgl. vorstehend lit. A).

II. Die Berücksichtigung des ISOS bei der Erfüllung kantonalen Aufgaben (indirekte Wirkung)

A. Die Rechtsprechung bis 2009 und der Grundsatzentscheid Rüti

Lange Zeit spielte das ISOS in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Erfüllung kantonalen und kommunalen Aufgaben eine geringe Rolle. Es finden sich lediglich Hinweise auf das ISOS, um den Entscheid einer Behörde zugunsten des Ortsbild- und Denkmalschutzes zu rechtfertigen, z.B. bei Nichtgenehmigung einer Einzonung⁵⁸ oder einer Änderung des Baureglements⁵⁹. Die umgekehrte Konstellation,

⁵⁴ BGE 139 II 499 E. 7.3.1 S. 516 (Gommerleitung).

⁵⁵ Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen vom 27. Juni 1990 (VBO; SR 814.076).

⁵⁶ Z.B. 1P.520/2004 vom 11. November 2004 E. 1 und 2 (STAN), in: RtiD 2005 I S. 166.

⁵⁷ 1A.115/2001 vom 8. Oktober 2001 E. 2 und 3 (Haus Niederöst Schwyz).

⁵⁸ 1P.454/1991 vom 12. Februar 1993 (Gelterkinden).

⁵⁹ 1P.517/1988 vom 25. Mai 1989 E. 2 (Rudolfingen); 1P.399/1988 vom 20. April 1989 (Lü).

d.h. die Beschwerde gegen eine Beeinträchtigung eines ISOS-Objekts, kam praktisch nicht vor. Bis zum Inkrafttreten des BGG⁶⁰ gab es dafür auch prozessuale Gründe: Gegen kantonale Entscheide stand regelmässig nur die staatsrechtliche Beschwerde offen, zu deren Ergreifen nach Art. 88 OG⁶¹ ein (eigenes) rechtlich geschütztes Interesse erforderlich war. Darüber verfügten weder die Verbände noch die Anlieger bzw. Nachbarn⁶².

In einem Urteil von grundsätzlicher Bedeutung betreffend den Gestaltungsplan «Stadtzentrum Rüti» hielt das Bundesgericht im Jahre 2009 erstmals fest, dass die Bundesinventare wie das ISOS auch bei der Erfüllung von kantonalen (und kommunalen) Aufgaben von Bedeutung sind⁶³. Ihrer Natur nach kommen sie Sachplänen oder Konzepten i.S.v. Art. 13 RPG gleich. Im Rahmen ihrer Planungspflicht (Art. 2 RPG) sind die Kantone gehalten, Planungsgrundlagen in ihrer Richtplanung festzulegen (Art. 6 RPG) und insbesondere die Sachpläne und Konzepte des Bundes zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 4 RPG). Aufgrund der Behördenverbindlichkeit der Richtplanung (Art. 9 RPG) finden die Schutzanliegen des ISOS auf diese Weise Eingang in die Nutzungsplanung (Art. 14 ff. RPG), insbesondere durch Ausscheidung von Schutzzonen (Art. 17 Abs. 1 RPG) und Anordnung anderer Schutzmassnahmen (Art. 17 Abs. 2 RPG). Insoweit besteht für die Kantone und Gemeinden eine Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS (vgl. Art. 3 RPV). Diese kommt auch im Einzelfall bei Interessenabwägungen zum Tragen, namentlich wenn von der Grundnutzungsordnung abgewichen werden soll⁶⁴.

Seither ist dies ständige Rechtsprechung, namentlich auch bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen⁶⁵. Diese Praxis hat mittlerweile auch Niederschlag in den Verordnungen zu den Bundesinventaren gefunden⁶⁶, und die Bundesämter haben dazu eine Empfehlung veröffentlicht⁶⁷.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110).

⁶¹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege.

⁶² BGE 116 Ia 433 E. 2 (Bex); später erfuhr diese Praxis gewisse Ausnahmen: 1P.165/2004 vom 14. September 2004 E. 1.3 (Pfarrkirche Zizers).

⁶³ BGE 135 II 209 (Rüti).

⁶⁴ BGE 135 II 209 E. 5.5 ff. (Rüti).

⁶⁵ 1C_474/2016 vom 1. Juni 2017 E. 4.1 (Basel-Stadt).

⁶⁶ Art. 4a VISOS; Art. 8 VBLN; Art. 9 VIVS.

⁶⁷ ARE/ASTRA/BAFU/BAK, Empfehlung zur Berücksichtigung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG in der Richt- und Nutzungsplanung, Bern, 15. November 2012.

B. Die Berücksichtigung des ISOS in der Richt- und Nutzungsplanung

Wird das ISOS im Planungsverfahren von Kanton und Gemeinde nicht berücksichtigt, so führt dies zur Aufhebung der angefochtenen Planung im Beschwerdeverfahren⁶⁸. Komplizierter ist die Situation, wenn das ISOS zwar berücksichtigt wurde, die Nutzungsplanung aber den Zielvorgaben des ISOS nicht entspricht. Diesfalls verlangt das Bundesgericht eine umfassende Interessenabwägung. Die Gemeinde bzw. der Kanton muss darlegen, dass überwiegende Interessen die Beeinträchtigung der gemäss ISOS wesentlichen Eigenschaften eines Ortsbildes rechtfertigen⁶⁹. In den meisten bisher vom Bundesgericht beurteilten Fällen wurde eine genügende Berücksichtigung bejaht⁷⁰.

Heben kantonale Behörden eine kommunale Planung auf, stellt sich regelmässig die Frage, wie weit die Gemeindeautonomie reicht und ob sie verletzt wurde. Den Gemeinden steht in vielen Kantonen namentlich bei der Planung sowie dem Erlass und der Anwendung der kommunalen Bauordnung ein eigener Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu⁷¹. Dieser wird allerdings nicht verletzt, wenn Objekte von überkommunaler Bedeutung betroffen sind und sich die Lösung der Gemeinde angesichts der betroffenen überkommunalen Interessen als unzweckmässig erweist⁷².

In der Regel erfolgt die Berücksichtigung des ISOS in der Nutzungsplanung (Art. 17 Abs. 1 RPG); ausnahmsweise können aber auch andere geeignete Massnahmen angeordnet werden (Art. 17 Abs. 2 RPG)⁷³.

C. Die Berücksichtigung des ISOS im Baubewilligungsverfahren

Im Baubewilligungsverfahren besteht ausserhalb von Bundesaufgaben nur beschränkt Spielraum zur Berücksichtigung des ISOS. Den Anliegen des Ortsbildschutzes wird in erster Linie durch die Anwendung der Ästhetikklauseln des kantonalen und kommunalen Rechts Rechnung getragen. Diese sollen die Zielvorstellungen des ISOS geeignet umset-

⁶⁸ 1C_75/2009 vom 28. Juli 2009 E. 3.2 (Intragna).

⁶⁹ 1C_276/2015 vom 29. April 2016 E. 3 (Sierre/Muraz); 1C_14/2011 vom 26. April 2011 E. 3 (Malans); 1C_470/2009 vom 3. Mai 2010 (Frauenfeld).

⁷⁰ 1C_428/2017 vom 25. Juli 2018 E. 2.2 f. (Chexbres); 1C_279/2017 vom 27. März 2018 E. 4 (Lausanne); 1C_398/2015 vom 9. August 2016 E. 5.6 (Luzern).

⁷¹ 1C_130/2014 vom 6. Januar 2015 E. 4.7 (Schaffhausen/Steig).

⁷² 1C_479/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 6 ff. (Guntalingen); BGE 127 II 238 E. 3b/aa S. 242 (KVA Thun).

⁷³ 1C_545/2014 vom 22. Mai 2015 E. 5.4 (Fribourg).

zen. Die manchmal recht anspruchsvolle Aufgabe wird recht unterschiedlich erfüllt. Sogenannte positive Ästhetikklauseln, die eine bestimmte gestalterische Qualität verlangen⁷⁴, verhelfen den Zielsetzungen des ISOS im Allgemeinen besser zum Durchbruch als blossе Verunstaltungsverbote (negative Ästhetikklauseln). Indessen darf auch die Verpflichtung zu guter Gestaltung nicht dazu führen, dass die Zonenordnung generell – z.B. für die ganze Dorfkernzone – ausser Kraft gesetzt wird; lässt diese eine bestimmte Geschosszahl zu, darf nicht generell nur ein Geschoss weniger bewilligt werden, um eine gute Gesamtwirkung zu erreichen⁷⁵. Ein Verzicht auf die Realisierung des nach Zonenordnung zulässigen Volumens kann nur in speziellen Situationen durchgesetzt werden. Hierfür sind besonders triftige Gründe erforderlich, wie z.B. eine besondere Qualität der bestehenden Überbauung, die Rücksicht auf ein Schutzobjekt oder eine ausgeprägte landschaftliche Empfindlichkeit⁷⁶. Ein gewisser Spielraum zum Einbezug des ISOS steht zur Verfügung, wenn die entscheidende Behörde einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum hat, z.B. bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen. Die direkte Anwendung der Zielvorgaben des ISOS ist jedoch ausgeschlossen⁷⁷.

Sofern kein schwerer Eingriff in die Eigentumsгарantie vorliegt, prüft das Bundesgericht die Handhabung des kommunalen und kantonalen Rechts grundsätzlich nur unter Willkürgesichtspunkten. Das bedeutet, dass die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid eher gering sind, unbesehen darum, ob eine ungenügende oder im Gegenteil eine überschüssige Anwendung der Vorschriften über den Ortsbildschutz gerügt wird⁷⁸. Immerhin kann das Bundesgericht frei prüfen, ob Baubeschränkungen (z.B. die Verweigerung einer Abbruchbewilligung) einen unverhältnismässigen Eingriff in die Eigentumsгарantie darstellen. Bei der dafür nötigen Interessenabwägung kann auch das öffentliche Interesse an einer baulichen Verdichtung berücksichtigt werden⁷⁹.

Eine besondere Rolle kommt bei der Anwendung der kantonalen und kommunalen Ästhetikvorschriften dem Autonomiespielraum zu, der den Gemeinden in Planungs- und

⁷⁴ Z.B. 1C_706,695,696/2017 vom 22. Februar 2019 (Davos).

⁷⁵ BGE 114 Ia 343 E. 4b S. 345 f. (Zürich); 1C_360/2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.1.2 (Lausanne); 1C_349/2018 vom 8. Februar 2019 E. 4.2 m. H. (Risch); 1C_42/2018 vom 8. August 2018 E. 3.4 m.H. (Maschwanden); 1C_138/2014 vom 3. Oktober 2014 E. 8.1 m.H. (Rüschlikon).

⁷⁶ grundlegend BGE 101 Ia 213 E. 6c S. 222 f. (Morges); 1C_155/2018 vom 3. Oktober 2018 (Lugano/Villino).

⁷⁷ 1C_488/2015 vom 24. August 2016 E. 4.5 (MuttENZ).

⁷⁸ 1C_280/2017 vom 12. Oktober 2017 E. 6.3 (Lugano/Castausio); vgl. auch 1C_22/2017 vom 29. August 2017 E. 6 (Bellinzona); 1C_340/2017 vom 25. Juni 2018 E. 6 (Sagogn); 1C_514/2009 vom 10. März 2010 E. 4.3 (Genève); 1C_474/2016 vom 1. Juni 2017 E. 4.2 ff. (Basel-Stadt); 1C_226/2016 vom 28. Juni 2017 E. 4.3 (Genève/Jonction); 1C_8/2017 vom 12. Juli 2017 (Vaulruz).

⁷⁹ 1C_298/2017 vom 30. April 2018 E. 3.2 (Lausanne); 1C_578/2016 vom 28. Juni 2017 E. 4.6 f. (Chur).

Bausachen in den meisten Kantonen eingeräumt wird. Auf die Gemeindeautonomie können sich nicht nur die Gemeinden selbst berufen⁸⁰, sondern auch Private, wenn die Gemeinde keine gegenteilige Auffassung vertritt⁸¹. Ein kommunaler Bauentscheid im Autonomiespielraum ist im Allgemeinen dann anfechtungsfest, wenn die Gemeinde eine sachlich begründete Rechtsauffassung vertritt, der keine klar überlegene Lösung entgegengesetzt werden kann⁸². Begründet die Gemeinde einen Einordnungsentscheid nicht spätestens vor der Beschwerdeinstanz, nimmt das Bundesgericht an, sie habe zugunsten der kantonalen Rechtsmittelinstanzen auf ihren Autonomiespielraum verzichtet⁸³. Mitunter ist auch in diesem Zusammenhang zu klären, wie weit die Gemeindeautonomie reicht, wenn es um den Schutz von Objekten von kantonaler oder gar nationaler Bedeutung geht. Diese Frage beantwortet in erster Linie das kantonale Recht (Richtplanvorgaben, Ästhetikvorschriften, Begutachtungspflicht).

Hat das ISOS in der Nutzungsplanung keine oder nur ungenügend Berücksichtigung gefunden, stellt sich die Frage, ob im Baubewilligungsverfahren vorfrageweise die Überprüfung der bestehenden Nutzungspläne verlangt werden kann. Eine solche Überprüfung lässt die Rechtsprechung zu, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit der Planfestsetzung in einer Weise verändert haben, die den Plan als nicht mehr rechtmässig erscheinen lassen und deshalb kein überwiegendes Interesse an seiner Aufrechterhaltung besteht⁸⁴. Im Zusammenhang mit dem ISOS hat das Bundesgericht diese Voraussetzungen als erfüllt betrachtet bei einem Bauvorhaben an peripherer Lage gestützt auf einen Nutzungsplan, der von 1980 datierte, ein überdimensioniertes Baugebiet vorsah und noch vor der Aufnahme der Siedlung ins ISOS erlassen worden war⁸⁵. Es müssen aber im Allgemeinen verschiedene Umstände zusammentreffen, die für eine vorfrageweise Überprüfung sprechen, damit eine solche verlangt werden kann; normalerweise ist sie ausgeschlossen⁸⁶.

⁸⁰ Z.B. 1C_130/2014 vom 6. Januar 2015 E. 4.7 (Schaffhausen/Steig); 1C_80/2015 vom 22. Dezember 2015 E. 2 (Villars-Epeney).

⁸¹ 1C_155/2018 vom 3. Oktober 2018 E. 5 f. (Lugano/Villino); 1C_452/2016 vom 7. Juni 2017 E. 3 (Lausanne).

⁸² BGE 145 I 52 E. 3 f. (Meilen); 1C_645/2017 vom 19. Dezember 2018 E. 4.1.2 (Bougy-Villars).

⁸³ 1C_349/2018 vom 8. Februar 2019 E. 4.3 (Risch); 1C_116/2018 vom 26. Oktober 2018 E. 4.4 m.H. (Ittigen).

⁸⁴ BGE 144 II 41 E. 5.2 S. 46 m.H. (Bremblens); 140 II 25 E. 3 ff. m.H. (Silvaplana); 1C_40/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 3 (Bregaglia), in: ZBI 119/2018 S. 308.

⁸⁵ 1C_308/2017 vom 4. Juli 2018 E. 3 (Concise).

⁸⁶ 1C_488/2015 vom 24. August 2016 E. 4.6 (MuttENZ).

Fazit und Zusammenfassung

Die Zuständigkeit der Kantone für den Natur- und Heimatschutz (Art. 78 Abs. 1 BV) und die Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme auf diese Belange bei der Erfüllung seiner Aufgaben (Art. 78 Abs. 2 BV) haben zur Folge, dass das ISOS nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben direkt Anwendung findet. Diesfalls aber gilt grundsätzlich das strenge Gebot der ungeschmälernten Erhaltung. Da bei der Erfüllung von Bundesaufgaben nach NHG die Verbandsbeschwerde gegeben ist, hatte das Bundesgericht schon oft Gelegenheit, diesem Gebot Nachachtung zu verschaffen.

In den Bereichen der Nutzungsplanung und der Baubewilligungen gilt in erster Linie kantonales und kommunales Recht. Die Kantone und Gemeinden tragen den Schutzanliegen des ISOS in diesem Rahmen Rechnung und geniessen dabei einen recht grossen Gestaltungsspielraum. Das Schutzniveau kann daher erheblich differieren, je nachdem, ob ein Vorhaben in Erfüllung einer Bundesaufgabe geplant ist oder ob allein kantonales Recht massgebend ist. Seit dem Grundsatzurteil Rüti (BGE 135 II 209) sind die Kantone indessen verpflichtet, das ISOS in der Richtplanung zu berücksichtigen. An ihr hat sich wiederum die kommunale Nutzungsplanung zu orientieren. Bei Interessenabwägungen im Planungsprozess und auch im Einzelfall sind die Schutzanliegen des ISOS somit einzubeziehen. Das ISOS entfaltet dadurch indirekt Wirkungen, wie das Bundesgericht in verschiedenen seither ergangenen Urteilen bekräftigt hat.

In den letzten Jahren haben sich aus der Bundesgesetzgebung vermehrt auch andere nationale Interessen ergeben, die mit den Schutzanliegen des ISOS in Konkurrenz treten und ein Abweichen vom Gebot der ungeschmälernten Erhaltung rechtfertigen können. Ob ihnen dieses Gewicht zukommt, ist in der Regel im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden. Damit eröffnet sich mitunter die Möglichkeit, eine Kompromisslösung zu finden, namentlich wenn ein Planungs- oder Bauvorhaben nicht nur auf Maximierung ausgerichtet ist, sondern besondere Qualität bietet. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Verpflichtung für viele Gemeinden, ihre veralteten Planungswerke nachzuführen, ist zu wünschen und darf auch erwartet werden, dass sich das unterschiedliche Schutzniveau bei direkter und indirekter Geltung des ISOS in Zukunft vermehrt angleicht.

Il pleut des taxes...

Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise

Sommaire

	Page
Introduction	979
I. La nouvelle taxe lausannoise	980
II. Le cadre juridique	981
III. La nature des contributions d'évacuation des eaux	983
IV. Conformité au droit supérieur ?	985
Bibliographie	989

Introduction

Si la fiscalité de la consommation a marqué la seconde moitié du vingtième siècle, au point que la TVA représente désormais la première ressource fiscale, devant l'impôt sur le revenu, dans nombre d'États, dont la Suisse au niveau fédéral, le vingt-et-unième siècle pourrait devenir celui de la fiscalité environnementale, au vu de l'enjeu gigantesque posé par le réchauffement de la planète et la difficulté sociologique à amener les populations à des changements dans leurs modes de vie.

Outre les impositions directement en lien avec la préservation de la couche d'ozone (taxes sur le CO₂), des taxes incitatives variées sont créées depuis le début de ce siècle, dans le but d'amener les résidents d'un territoire à modifier leur mode de « consommation de l'environnement » et des infrastructures publiques qui y sont implantées. Tel est le cas de ce que l'on nomme parfois la *taxe pluviale*, introduite en 2017 sur le territoire lausannois, objet de la présente contribution¹.

Nouvelle taxe dans un vieux système : les bonnes intentions ne suffisent pas à éviter les écueils traditionnels des régimes fiscaux, en particulier celui de l'accumulation de

* Avocat et Professeur à l'Université de Lausanne.

¹ Cette contribution reprend certains des éléments d'un avis de droit délivré par l'auteur à la Chambre vaudoise immobilière, qui est ici remerciée de son accord à la présente publication.

couches fiscales successives. Un impôt en remplace rarement un autre mais s’y ajoute souvent. La charge fiscale et parafiscale du citoyen moderne ne cesse ainsi d’augmenter et l’effet incitatif du nouvel impôt est largement émoussé. Tel est en partie le cas de cette nouvelle taxe environnementale visant à réduire les surfaces imperméabilisées des sols et alléger ainsi la charge des stations d’épuration des eaux.

I. La nouvelle taxe lausannoise

Depuis le 1^{er} janvier 2017, un nouveau règlement communal sur l’évacuation et le traitement des eaux s’applique au territoire lausannois (le RETE, du 16 juin 2015). L’une de ses innovations est la *taxe pluviale*, selon l’expression simplifiée, soit la taxe distincte d’évacuation des eaux claires. Celle-ci a pour but de séparer le financement du coût d’élimination des eaux claires de celui des eaux usées. Auparavant, une taxe globale était prélevée annuellement, calculée sur la consommation d’eau de l’immeuble concerné, et couvrait les coûts d’évacuation et d’assainissement indistinctement des eaux claires et des eaux usées. Le système du pollueur-payeur n’était dès lors pas pleinement respecté.

La tendance moderne en matière d’évacuation des eaux est de traiter séparément les eaux claires (eaux météoriques et sources) des eaux usées, afin de désengorger les stations d’épuration. Sa conséquence financière en est une facturation distincte du coût à l’administré, en application du principe du pollueur-payeur. Un mode particulier de calcul de la taxe d’évacuation des eaux claires doit être retenu, distinct de celui applicable aux eaux usées. On ne peut en effet les taxer au volume évacué, non mesurable. C’est vers le principe de l’« *imperméabilisateur-payeur* » que les collectivités se dirigent. Ce sont en effet les surfaces imperméables comme les toits, balcons, chemins et places de parc goudronnés qui empêchent l’infiltration d’eau dans le terrain et remplissent les canalisations des eaux de ruissellement.

Une seconde raison à la modification du système des taxes à Lausanne a été le coût prévu de la modernisation de la station d’épuration de Vidy, qui devra pouvoir éliminer les micropolluants. Depuis 2016 en effet, une taxe fédérale de 9 francs par habitant est prélevée par la Confédération auprès de toutes les centrales d’épuration en Suisse qui n’éliminent pas les micropolluants. Pour la STEP de Vidy, le poids de cette taxe était évalué à 1 278 000 francs pour 2016 (1 314 000 francs en 2020) dans le préavis de la Municipalité de 2015.

Le nouveau règlement prévoit ainsi la différenciation entre eaux claires et eaux usées pour la première et la deuxième des taxes ci-dessous et une troisième taxe frappant tout bien-fonds :

1. La taxe initiale de raccordement (art. 48 al. 1 *lit.* a) RETE) : pour les eaux claires, maximum 30 fr. par m² (projection plan) de surface imperméabilisée ;
2. La taxe annuelle d'utilisation (art. 51 al. 1 *lit.* a) RETE) : pour les eaux claires, maximum 1 fr. par m² (projection plan) de surface imperméabilisée ;
3. La taxe annuelle de traitement (art. 52 RETE) : pour tout bien-fonds dont les eaux aboutissent au système d'assainissement, maximum 1.90 fr. par m³ d'eau consommée.

La première et la deuxième de ces taxes sur les eaux claires (les « *taxes pluviales* ») financent leur évacuation et retiennent le même mode de calcul, soit la surface imperméabilisée raccordée au système d'assainissement. La troisième finance le traitement de l'eau à la station d'épuration ; elle est fonction du volume d'eau potable consommée.

Dans les faits, la séparation physique de l'ensemble des eaux claires et usées n'est de loin pas atteinte à Lausanne et dans sa région. Le Préavis de la Municipalité au nouveau Règlement indique que plus de la moitié des eaux traitées à la STEP de Vidy sont encore des eaux claires : 22 millions de m³ d'eaux claires contre 18 millions de m³ d'eaux usées par an. À Lausanne même, seuls 6,8 millions de m³ d'eaux claires sont évacuées vers le milieu naturel par le système séparatif (Préavis, ch. 14.6.6). Une partie des immeubles ne sont pas encore mis en séparatif, et la Municipalité semble plutôt réservée sur la qualité des eaux claires évacuées séparément ainsi même que sur l'opportunité d'étendre le réseau séparatif (Préavis, ch. 7.4, objectif A3).

II. Le cadre juridique

La loi fédérale sur la protection des eaux, du 24 janvier 1991 (RS 814.20, ci-après la LEaux), a institué en 1997 le principe de causalité (souvent dénommé « principe du pollueur-payeur », « *pay as you throw* » en anglais ; FAVRE/MEYER/ENGEL, 241) en son art. 3a. Cette disposition prévoit que celui qui est à l'origine d'une mesure prescrite par la loi sur la protection des eaux en supporte les frais. Il s'agit d'une application au domaine des eaux superficielles et souterraines du principe général de causalité consacré en droit de l'environnement à l'art. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01 ; GRIFFEL/RAUSCH, Art. 2 N. 3 à 9 ; GRODECKI, in : MOOR/FAVRE/FLÜCKIGER, Art. 59 N. 11 à 19).

Par ailleurs, le système de séparation des eaux usées et des eaux claires s'impose aux détenteurs de bâtiments, aux termes de l'art. 11 de l'Ordonnance fédérale sur la protection des eaux, du 28 octobre 1998 (RS 814.201), qui doivent veiller à ce que les eaux météoriques ainsi que les eaux non polluées dont l'écoulement est permanent (par

exemple les fontaines) soient amenées jusqu'à l'extérieur du bâtiment sans être mélangées aux eaux polluées. L'un des objectifs de la loi (art. 60a) est également de limiter la quantité d'eaux usées à traiter (FAVRE/MEYER/ENGEL, RDAF 2012 I 249).

Au chapitre du financement des mesures de protection des eaux, la loi fédérale oblige les cantons à mettre à la charge de ceux qui sont à l'origine de la production d'eaux usées les coûts de construction, d'exploitation, d'entretien, d'assainissement et de remplacement des installations, par l'intermédiaire d'émoluments ou d'autres taxes. Le droit fédéral prévoit en outre les critères de calcul de la taxe, qui sont le type et la quantité d'eaux usées produites, les amortissements nécessaires pour maintenir la valeur du capital des installations, les intérêts ainsi que les investissements planifiés pour l'entretien, l'assainissement et le remplacement des installations (art. 60a LEaux ; GRIFFEL/RAUSCH, Art. 32a N. 16 à 19).

L'alinéa 2 de l'art. 60a retient par ailleurs que si l'instauration de taxes couvrant les coûts et conformes au principe de causalité devait compromettre l'élimination des eaux usées selon le principe de la protection de l'environnement, d'autres modes de financement pourraient être introduits.

En ce qui concerne les eaux claires en revanche, rien de spécifique n'est précisé par la LEaux au chapitre du financement. La loi se contente d'indiquer que les eaux non polluées doivent être évacuées par infiltration conformément aux règlements cantonaux (art. 7 al. 2). Si les conditions locales ne permettent pas l'infiltration, ajoute la loi, ces eaux peuvent être déversées dans les eaux superficielles (*ibid.*).

Le droit vaudois reprend la distinction entre eaux claires et eaux usées. La loi vaudoise sur la police des eaux dépendant du domaine public, du 3 décembre 1957 (RSV 721.01), dispose que les eaux claires provenant de l'étanchéification de surfaces sont en principe réinfiltrées dans le sous-sol. Si ces eaux ne peuvent pas être réinfiltrées pour des raisons hydrogéologiques impérieuses, elles peuvent être évacuées par le réseau des canalisations publiques. Il revient ainsi aux communes, pour les eaux claires provenant de leur territoire, d'organiser l'infiltration, la rétention ou la collecte et l'évacuation des eaux claires. Elles en ont l'obligation (art. 20 al. 2 de la loi vaudoise sur la protection des eaux contre la pollution, du 17 septembre 1974, RSV 814.31, ci-après LPEP).

Quant au financement des installations et leur entretien, le droit vaudois prévoit, pour ce qui est des eaux claires, une taxe d'introduction et une redevance annuelle pour l'évacuation des eaux claires dans le réseau des canalisations publiques (art. 66 al. 2 LPEP). Le texte légal prévoit que la redevance annuelle est proportionnelle au débit théorique évacué dans les canalisations.

En conclusion de ce rappel du cadre juridique fédéral et cantonal, dans lequel les communes doivent inscrire leur réglementation en matière d'évacuation des eaux, on retien-

dra que le principe de causalité (pollueur-payeur), combiné au système d'évacuation séparatif des eaux, commande que les taxes finançant les installations, l'évacuation et l'assainissement des eaux soient en rapport avec le coût de chacun des deux systèmes. Les taxes frappant les eaux usées doivent financer le système d'évacuation et d'assainissement de ces eaux-là. Celles qui visent l'évacuation des eaux claires séparées ne doivent en principe financer que le système d'évacuation desdites eaux (il n'y a pas d'assainissement dans ce cas puisque les eaux évacuées le sont vers les cours d'eaux et lacs et non vers les stations d'épuration des eaux).

III. La nature des contributions d'évacuation des eaux

On distingue en matière de recettes publiques les contributions des rétributions. Les contributions recouvrent les impôts directs et indirects, que les administrés ont l'obligation de payer sans contre-prestation directe de l'État. On parle en revanche de rétributions lorsque l'État facture à ses administrés le prix de prestations qu'il leur délivre ou d'avantages particuliers qu'il leur procure par ses investissements. Au contraire des contributions, les rétributions ont une cause : c'est parce que l'administré bénéficie d'un service ou d'un investissement particulier qu'il doit s'acquitter du coût de tout ou partie de ce service ou de l'installation dont il profite directement.

Ainsi, la doctrine (BLUMENSTEIN/LOCHER, p. 3 s. ; OBERSON, *Droit fiscal suisse*, p. 4 s. ; RYSER/ROLLI, p. 5 et note de bas de page n° 14) et la jurisprudence rangent tant les taxes de raccordement au réseau d'égouts que celles d'évacuation et d'assainissement des eaux dans la catégorie des rétributions, plus précisément des taxes causales (voir p. ex. les arrêts du Tribunal fédéral 2C_817/2008, 2P.71/2004, 2P.58/1999, ATF 136 I 316 = RDAF 2001 I 429).

Les taxes causales peuvent par ailleurs, comme les impôts, comporter un aspect incitatif. C'est par exemple le cas des taxes d'élimination des déchets urbains (« taxe au sac » ; cf. arrêt « Romanel » du Tribunal fédéral 2C_740/2009) : on encourage l'utilisateur à réduire son comportement polluant par la réduction de la charge parafiscale qui en découle.

La protection de l'administré contre des charges fiscales et parafiscales trop élevées est différente face à un impôt ou face à une taxe causale. En matière d'impôts, c'est le principe de la légalité qui garantit le consentement du contribuable au poids de l'impôt, par l'intermédiaire des représentants qu'il élit dans les législatifs : il revient aux seuls organes législatifs de fixer eux-mêmes dans la loi l'assiette de l'impôt, le cercle des contribuables et les barèmes d'imposition. En matière de taxes causales, l'administré est protégé contre une rétribution trop élevée de la collectivité par les principes d'équivalence et

de couverture des coûts. Le montant de la taxe doit être équivalent à la prestation délivrée à l'administré. Par ailleurs, la collectivité peut uniquement couvrir ses coûts par la perception de la taxe auprès de chacun des administrés concernés, et non s'enrichir. On est en revanche plus souple quant à l'exigence de légalité en matière de taxes causales. Même si la doctrine et la jurisprudence sont parfois fluctuantes sur la question, il est en général admis que l'acte de rang législatif instaurant la taxe renvoie à l'autorité exécutive pour en fixer les modalités mais à condition au moins que le maximum de dite taxe soit arrêté dans l'acte législatif (ATF 106 Ia 249 = JdT 1982 I 335 ; ATF 135 I 130).

Lorsque le juge examine le respect des principes d'équivalence et de couverture des coûts dans la fixation d'une taxe causale contestée par un administré, il tolère un certain schématisme dans le choix des critères permettant de fixer la taxe, les particularités de chaque situation individuelle ne pouvant être prise en compte dans la réglementation publique.

S'agissant du principe d'équivalence, en matière de taxe unique de raccordement aux collecteurs publics de distribution d'eau et d'évacuation des eaux claires et usées, le Tribunal fédéral a admis les règlements des communes qui se fondaient sur la valeur d'assurance-incendie (ATF 109 Ia 326 ; ATF 106 Ia 241 ; ATF 93 I 106, arrêts du Tribunal fédéral 2P.281/2004 ; 2P.285/2004 ; 2P.232/2006 ; 2P.53/2007, cf. toutefois les limites d'un tel critère : arrêt 2C_847/2008 et FAVRE/MEYER/ENGEL, 249). Pour les taxes finançant l'évacuation et l'épuration des eaux, la jurisprudence du Tribunal fédéral retient qu'une taxe d'utilisation périodique doit tenir compte de paramètres ayant un rapport avec l'utilisation effective de l'installation en question (arrêt 2C_816/2009 ; ATF 137 I 257). Mais les art. 3a et 60a de la loi fédérale sur la protection des eaux n'imposent toutefois pas que les coûts soient répartis exclusivement en proportion des quantités d'eaux usées produites (ATF 128 I 46, 55 ; arrêt 2C_817/2008, c. 8.1).

Quant au principe de couverture des coûts, le produit de la taxe ne doit pas dépasser, ou seulement dans une mesure minimale, l'ensemble des coûts engendrés par la branche concernée de l'administration, y compris dans une mesure appropriée les provisions, amortissements et les réserves (ATF 126 I 180 ; ATF 124 I 11 ; ATF 118 Ia 320 ; arrêt 2C_817/2008, c. 9).

Pour vérifier si le principe de la couverture des coûts est respecté, la jurisprudence retient qu'il faut examiner les comptes de l'autorité sur une période suffisante et adéquate (ZBI 2003, 505, 520). En effet, on ne peut pas reprocher à l'autorité, lors de la fixation de la contribution, de tenir compte de certaines fluctuations conditionnées par la conjoncture dans la perspective d'un budget financier équilibré à long terme (ATF 126 I 181 = JdT 2002 I 413, 421).

IV. Conformité au droit supérieur ?

Les trois taxes lausannoises telles que revisitées depuis 2017 sont-elles conformes au droit supérieur ?

Sur l'institution elle-même de la taxe pluviale (de raccordement ou annuelle), on relève qu'elle va dans le sens de la législation fédérale sur la protection des eaux. Celle-ci, on l'a vu, encourage le traitement distinct des eaux claires et des eaux usées. En cas de réseau séparé d'évacuation des eaux, le principe du pollueur-payeur commande donc de faire payer aux propriétaires le coût distinct de chacune de leurs évacuations, pour les eaux claires et pour les eaux usées. Si l'on sépare physiquement les eaux claires des eaux usées dans les canalisations, il doit en aller logiquement de même du financement de leur évacuation par le propriétaire. La taxe pluviale n'est donc pas contestable dans son principe et accroît au contraire la conformité de la réglementation communale au droit fédéral.

Au niveau cantonal, tout impôt ou taxe à prélever par les communes doit reposer sur une base légale cantonale autorisant les communes à lever dites contributions. Dans le cas d'espèce, l'art. 66 LPEP autorise expressément les communes à percevoir une taxe d'introduction et une redevance annuelle pour l'évacuation des eaux claires dans le réseau des canalisations publiques. La nouvelle taxe pluviale lausannoise pour le raccordement et l'utilisation annuelle du réseau de canalisations repose donc également, quant à son principe, sur une base légale cantonale.

Pour ce qui est de son mode de calcul, la taxe lausannoise est fondée sur les surfaces imperméables du propriétaire, soit les toitures, cours, parkings, voies d'accès, routes, ouvrages souterrains, etc., qu'il s'agisse de la taxe initiale de raccordement ou de la taxe annuelle d'utilisation. Le mode de calcul est le même, que l'évacuation se fasse en système séparatif ou unitaire.

La législation cantonale retient que la redevance annuelle doit être proportionnelle au débit théorique évacué dans les canalisations (art. 66 al. 2 LPEP) ; elle ne précise rien en revanche pour ce qui est de la taxe de raccordement initial. Lausanne a retenu le même critère pour les deux taxes (raccordement et redevance annuelle), soit la surface imperméable. Ce mode de faire répond au critère cantonal du débit théorique : la projection en plan (ainsi que le précise le Règlement communal) de la surface imperméable saisit bel et bien la quantité d'eau de pluie qui va ruisseler jusqu'aux conduites d'évacuation. C'est donc bien le débit théorique qui est ainsi concrétisé, indépendamment des précipitations effectives, non mesurables de manière permanente. À l'inverse, le calcul des surfaces imperméables effectives, et non en plan, n'aurait pas respecté le principe cantonal du débit théorique (pour la même surface arithmétique, un toit plus pentu recueille une quantité d'eau moindre).

Par ailleurs, le critère de la surface imperméable est incitatif et répond au but de la législation fédérale, qui veut encourager l'infiltration d'eau dans le terrain. Grâce au mode de calcul de la taxe, le propriétaire qui réduit voire évite toute surface imperméable (infiltration dans le terrain des eaux en provenance du toit, terrasse végétalisée, chemins en gravier, places de parc avec pavés herbeux, etc.) sollicite moins, voire plus du tout, les canalisations d'évacuation et paie donc une taxe réduite, respectivement nulle. Le caractère incitatif de la taxe est ainsi réalisé et le principe de causalité respecté (EQUEY, p. 70 ; arrêt CDAP FI.2009.0031 c. 4).

Pour ce qui est du principe d'équivalence, la Municipalité annonçait une augmentation des taxes d'eaux usées et claires, notamment en raison de la modernisation de la STEP de Vidy, qui devra s'équiper pour éliminer les micropolluants. Les taxes actuelles devraient augmenter de plus de 120 % pour la période 2020-2022 (calculé sur un ménage de 1 à 3 personnes mais sans distinguer entre taxes d'eaux claires et d'eaux usées), selon le Préavis municipal du 19 mars 2015 (ch. 14.6.9). Toutefois, même après cette hausse plutôt spectaculaire, les taxes nouvelles demeurent, sous l'angle strictement juridique, dans un rapport d'équivalence : la prestation de la Ville d'évacuer les eaux claires vaut probablement quelques centaines de francs par an. On verra toutefois ci-dessous que le principe d'équivalence est violé pour la troisième des taxes, la taxe de traitement finançant la STEP.

Quant au respect du principe de couverture des coûts, il ressort du Préavis municipal que l'activité d'évacuation et d'assainissement des eaux demeure pour l'instant déficitaire à Lausanne et que les taxes nouvelles ont pour but de combler ce déficit. Aussi longtemps donc que le montant des taxes ne dépassera pas le coût de la tâche, compte tenu des participations des communes voisines raccordées à la STEP de Vidy, le principe de couverture des coûts sera respecté.

La troisième taxe, soit la taxe annuelle de traitement prévu à l'art. 52 du nouveau règlement, s'applique à tous les biens-fonds et finance l'épuration des eaux à la STEP. Contrairement aux taxes de raccordement et aux taxes d'utilisation des canalisations, elle est calculée de la même manière pour les eaux claires et les eaux usées. Comme il n'est pas possible de mesurer individuellement par immeuble la quantité d'eaux claires et usées rejetées dans les canalisations et se retrouvant à la STEP, le règlement retient la quantité d'eau potable consommée. Pour les eaux usées, ce mode de calcul est adapté : en principe, toute l'eau potable consommée dans un foyer est évacuée comme eau usée, à quelques exceptions près (notamment l'arrosage d'un jardin).

En revanche, en ce qui concerne les eaux claires, le dispositif introduit une inégalité de traitement. La taxe annuelle de traitement sera la même pour le propriétaire qui évacue ses eaux claires en séparatif que celui dont les eaux claires sont évacuées en système unitaire, mélangées avec les eaux usées et se retrouvant traitées à la station d'épuration.

Or, le premier envoie moins d'eau que le second à la station d'épuration puisqu'il évacue ses eaux claires dans le terrain ou les cours d'eaux. En vertu du principe d'égalité de traitement mais aussi de causalité, il n'est pas compréhensible que celui qui sollicite moins le système d'épuration paie l'entier de la taxe de traitement de la STEP de Vidy, dont on a vu plus haut que plus de la moitié du volume traité est précisément de l'eau claire, donc une eau qui ne provient pas de son biens-fonds, puisque mis en séparatif (dans le même sens, FAVRE/MEYER/ENGEL, 268 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.209/2003 du 23 mars 2004 c.3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_816/2009 du 3 octobre 2011, c.4.1.2 et 5.4). Dans un tel système, la taxe de traitement du propriétaire évacuant ses eaux claires en séparatif finance pour moitié le traitement des eaux claires des propriétaires qui ne sont pas en séparatif. Or, le propriétaire en séparatif ne devrait payer la taxe de traitement que pour ses eaux usées, selon l'avis même de la Municipalité dans son Préavis : « *Le principe de causalité (pollueur-payeur) vise à instaurer la transparence et l'équité des coûts en demandant que chaque utilisateur finance la part de service qui lui est fournie, proportionnellement aux taux d'utilisation* » (Préavis, ch. 5.1) et plus loin, « *Pour que la répartition du produit des taxes affectées selon le type d'eau respecte les principes de causalité et d'équivalence, la connaissance des volumes annuels d'eaux claires, respectivement d'eaux usées pris en charge est déterminant dans la mesure où ces volumes prévalent au dimensionnement des installations du système d'assainissement* » (Préavis, ch. 14.6.6).

Par ailleurs, cette inégalité de traitement est désincitative : l'économie de la taxe pluviale due à la réduction par le propriétaire responsable de ses surfaces imperméables est annulée par la taxe de traitement trop élevée qui lui est demandée.

En définitive, pour ce qui est de la taxe de traitement, tous les propriétaires, quel que soit leur mode d'évacuation des eaux claires, payeront, pour la même construction et la même quantité d'eau consommée, le même montant, alors que l'évacuation de l'eau claire par la STEP est bien plus coûteuse (et écologiquement inutile) que l'évacuation par le système séparatif ; et le propriétaire en système unitaire ne paie pas plus pour l'évacuation de ses eaux claires, ce qui compenserait cette anomalie, puisqu'il est aussi taxé en fonction de ses surfaces imperméables (art. 48 al. 1 *lit.* b) et 51 al. 1 *lit.* b) RETE). Ainsi, (1) l'on traite également deux situations inégales, (2) le pollueur ne correspond pas au payeur et (3) le prix pour le propriétaire en séparatif dépasse celui de la prestation reçue puisqu'il n'utilise pas la STEP pour ses eaux claires. Dans l'ordre, les principes d'égalité, de causalité et d'équivalence sont violés.

Ce n'est donc pas la nouvelle taxe pluviale qui viole le droit supérieur mais le fait que les propriétaires en séparatif continuent de payer la même taxe pour le fonctionnement de la STEP, alors qu'ils la sollicitent moins désormais, précisément grâce à la mise en séparatif.

L'introduction de la nouvelle taxe pluviale ne respectera les principes d'égalité de traitement et de causalité que si elle donne droit à une taxe de traitement réduite en comparaison de celle acquittée par le propriétaire en système unitaire d'évacuation. Celui qui sollicite la station d'épuration uniquement pour ses eaux usées doit la financer de façon moindre que celui qui l'utilise et pour ses eaux claires et pour ses eaux usées.

On ne saurait objecter que les propriétaires en système unitaire paient eux aussi la taxe pluviale et qu'il y aurait « croisement » équivalent des financements. Le traitement des eaux claires en STEP coûte à l'évidence beaucoup plus cher que leur simple évacuation en séparatif dans la nature. La taxe pluviale, également due par les propriétaires en système unitaire, est certes utilisée pour le surcroît d'eau qu'ils acheminent à la STEP, puisqu'il n'y a pour eux pas de système séparatif à entretenir. Mais ces sommes, calculées pour couvrir le système séparatif, par définition moins cher, ne sont pas adaptées au financement équitable d'une STEP, clairement plus sollicitée par les propriétaires unitaires que ceux reliés au système séparatif, les premiers devant ainsi logiquement payer plus que les seconds pour son utilisation. Et l'on relèvera que le principe de causalité est indépendant de la « faute » du pollueur : les propriétaires en système unitaire ne l'ont certes pas choisi, cela dépend de la décision de l'autorité quant au système d'évacuation de leur rue. Mais leur responsabilité est objective, de même que celle d'un hôpital, par exemple, devant financer les modes spéciaux d'évacuation de ses déchets organiques ou médicamenteux.

L'art. 54 du nouveau Règlement permet la réduction des taxes dans certains cas de figure, mais pas dans celui où le propriétaire évacue ses eaux claires dans un système séparatif. Cette disposition ne réduit donc pas l'inégalité de traitement constatée ci-dessus.

Certes, la jurisprudence admet un certain schématisme en matière de calcul de taxes causales, car il est impossible d'assurer une équivalence parfaite dans chaque cas individuel. On doit aussi admettre, notamment à cause des eaux dites « parasites » (les eaux claires de source ou celles qui s'infiltrent dans des canalisations d'eaux usées vieilles) que la STEP recueille aussi des eaux claires « involontairement », dont le traitement peut être financé par tous. Mais dans le cas d'espèce, ce ne sont plus des cas individuels ou des phénomènes techniques marginaux qui sont concernés, mais l'entier d'une catégorie de propriétaires qui est traitée de façon contraire à l'égalité de traitement : tous les propriétaires qui ont ces dernières années dû passer au système séparatif et payer l'intégralité de ces travaux sur leurs bien-fonds continuent de payer autant qu'avant pour la STEP, plus précisément autant que les propriétaires demeurés en système unitaire, alors qu'ils n'engorgent plus la station d'épuration de Vidy de leurs eaux claires.

Une correction du système est donc nécessaire en application du principe d'égalité de traitement et de causalité. La nouvelle taxe, la taxe pluviale, doit ainsi partiellement remplacer, et non s'ajouter, à l'ancienne taxe, la taxe de traitement finançant la STEP.

On constate pourtant que lorsqu'elles sont usées, les eaux s'éliminent mieux que les taxes...

Bibliographie

- BLUMENSTEIN Ernst / LOCHER Peter, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.
- EQUEY David, Les impositions communales en droit vaudois, *RDAF* 2012 II-cahier spécial.
- FAVRE Anne-Christine / MEYER Lia / ENGEL Olivier, L'élimination des déchets urbains et l'évacuation des eaux claires et usées, ainsi que leur financement, *RDAF* 2012 I 239 ss.
- GRIFFEL Alain / RAUSCH Heribert, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
- GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984.
- HÖHN Ernst / WALDBURGER Robert, *Steuerrecht*, vol. I, 9^e éd., Berne 2000.
- HETTICH Peter / JANSEN Luc / NORER Roland, *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz – Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau*, Bâle/Genève 2016.
- HUNGERBÜHLER Adrian, Grundsätze des Kausalabgabenrechts. Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, *ZBI* 2003 p. 505 ss.
- JEANNERAT Eloi, Art. 19 Équipement, in : Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (édit.), *Commentaire pratique LAT : planifier l'affectation*, Zurich 2016.
- KARLEN Peter, Die Erhebung von Abwasserabgaben aus rechtlicher Sicht, *URP/DEP* 1996 p. 539 ss.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011.
- MOOR Pierre / FAVRE Anne-Christine / FLÜCKIGER Alexandre, *Loi sur la protection de l'environnement (LPE) : Commentaire Stämpfli*, Berne 2010.
- OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse*, 4^e éd., Bâle 2012.
- OBERSON Xavier, *Les taxes d'orientation, nature juridique et constitutionnalité*, Bâle 1991.
- OBRIST Thierry, *Introduction au droit fiscal suisse*, 2^e éd., Bâle 2018.
- REICH Markus, *Steuerrecht*, 2^e éd., Zurich 2012.

- RYSER Walter / ROLLI Bernard, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, Berne 2002.
- SCAPOZZA Kelly, I principi applicabili alle tasse causali d'orientamento, *Novità fiscali (NF)* 4/2018, p. 201 ss.
- STUTZ Hans W., *Schweizerisches Abwasserrecht*, Schriftenreihe zum Umweltrecht 20, Zurich 2008.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.
- WIEDERKEHR René, Bemessungsgrundsätze des Kausalabgaberechts, *recht* 1/2019 p. 61 ss.
- YERSIN Danielle, L'égalité de traitement en droit fiscal, *RDS* 111/1992, vol. II, p. 145 ss.
- ZEN-RUFFINEN Piermarco, *Droit administratif – Partie générale et éléments de procédure*, 2^e éd., Bâle 2013.
- Droit et politique de la concurrence en pratique (DPC)* 2018/5 p. 1120 s.
- Informations fiscales CSI, Distinction entre les impôts et les autres contributions publiques.

Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund

Inhalt	Seite
Einleitung	991
I. Gegenstand der Regulierung	993
A. Zu den Arten der Untergrundnutzung	993
B. Zur Regulierung der Planung der Untergrundnutzungen	994
C. Inhalt einer Regelung der Untergrundplanung	995
II. Verfassungsebene	996
III. Gesetzesstufe	997
A. Raumplanungsgesetz	997
B. Umweltschutzgesetz	998
C. Kantonale Gesetze	999
IV. Verordnungsstufe	999
V. «Informelle» Stufen	1000
Résumé	1003
Literaturverzeichnis	1003

Einleitung

Beim Bau des Chienbergtunnels (BL) kam es zum gefürchteten Gipskeuperquellen, ein durch Wasser bewirktes Anschwellen von Anhydrit zu Gips mit einer Volumenvergrößerung um bis zu 60 %, was zu den grossen Bewegungen im Gesteinskörper führte¹. Oder: Bei der Planung der Zürcher Durchmesserlinie werden zwei Erdwärmesonden direkt über dem geplanten Tunnelquerschnitt entdeckt². Oder: Beim Bau einer unterirdischen S-Bahnlinie wird festgestellt, dass das Vorhaben mit einer bestehenden Hoch-

* Prof. Dr. iur., em. Ordinarius an der ETH Zürich, Basel.

¹ Vgl. DRESMANN/HUGGENBERGER, S. 17; ebenso ANAGNOSTOU, S. 5 f. Vgl. auch den Schadenfall in Staufen i.Br., bei RUCH/WIRSING.

² Vgl. NEUHAUS, S. 9.

druckgasleitung in Konflikt gerät³. Oder: Der Bau des Durchgangsbahnhofs Luzern wird zahlreiche bestehende Erdsonden zerstören⁴. Weisen die beiden ersten Beispiele auf die Unkenntnis über den Untergrund hin, lassen die beiden anderen Beispiele auf eine mangelnde Abstimmung der verschiedenen Nutzungen im Untergrund schliessen.

Etienne POLTIER hat sich dem Thema gewidmet und in einer Publikation, die er mit Denis PIOTET verfasst hat, im Zusammenhang mit den Konflikten zwischen den privaten und öffentlichen Nutzungsrechten im Untergrund eine Koordination der verschiedenen denkbaren Nutzungen gefordert. Es wird klar zum Ausdruck gebracht, dass das «First come, first served»-Prinzip, das grundsätzlich den privaten Grundeigentümern zugutekomme, ein rechtliches Hindernis für eine vernünftige Nutzung des Untergrunds darstelle⁵. Es ist eine «geordnetere Vollzugsvariante» zu suchen⁶.

Ob wir im Untergrund von Chaos sprechen⁷ oder nur von unkoordinierter Entwicklung: Die zunehmenden Konkurrenzen im Untergrund, die Notwendigkeit, dass die verschiedenen Ansprüche an den Untergrund aufgenommen werden, verlangen nach Koordination. Das bedeutet Planung. Und besonders: Allein schon im Interesse der Berechenbarkeit, der Legitimation muss die Planung ihre Grundlage im Recht finden. Im vorliegenden Beitrag geht es nicht so sehr um die Planungsvorgänge und die passenden Instrumente⁸, als vielmehr um die Koordination der Untergrundnutzungen und ihre Regulierung und um die Frage, welche Erlasse bzw. Erlassstufen dafür verwendet werden oder verwendet werden sollen.

³ Vgl. <https://www.vbg.ch/2007/06/neues-gesamtkonzept-fen-bahnhof-stettbach/>, unter «Neues Bachbett für den Sagentobelbach» (nachgesehen 31.5.2019).

⁴ Vgl. SCHENKER, *URP* 5/2014, S. 438.

⁵ Vgl. POLTIER/PIOTET, S. 461.

⁶ So KNÜSEL, S. 2.

⁷ Vgl. Motion 09.4067 SR Felix Gutzwiller, «Im Untergrund herrscht Chaos. Ergänzung im Raumplanungsgesetz nötig», 2009, abgelehnt NR 30.9.2010.

⁸ Vgl. hierzu z.B. ABEGG/DÖRIG; HAAG, Collage; PARRIAUX *et al.*; RUCH, Stadtentwicklung; RUCH/FLURY/GRESCH; RUCH/GRESCH/FLURY; RUIZ, S. 13; sehr differenziert CHGEOL, S. 10 ff.

I. Gegenstand der Regulierung

A. Zu den Arten der Untergrundnutzung

Als Einstieg seien die Arten vergegenwärtigt, in die sich die Nutzungen des Untergrunds einteilen lassen⁹: Nutzung des Raums, Nutzung der Geomaterialien, Nutzung des Grundwassers, Nutzung der Geothermie.

Der unterirdische Raum kann zahlreiche Infrastrukturen aufnehmen, die dem Wohnen, dem Arbeiten, der Erholung und der Fortbewegung dienen. Transport (z.B. in Tunnels, Rohrleitungen) und Lagerung (z.B. von Abfällen) sind weitere Nutzungszwecke des Untergrunds im Bereich der Raumnutzung. Hierbei geht es um einen Raum für die Entwicklung menschlicher Tätigkeiten. Im Unterschied dazu verweist die Gewinnung von Geomaterialien (Rohstoffen) auf die natürlichen Eigenschaften des Untergrunds. Es geht um die Ausnützung seiner inneren Bestandteile.

Über 80 % des Trinkwassers der Schweiz werden aus Grundwasser gewonnen. Grundwasser dient ausserdem als Lösch- und Industrierwasser städtischen Funktionen. Zudem wird es zunehmend zur Energiegewinnung verwendet. Die Nutzung von Grundwasser dient ferner der Wärmeengewinnung; im Unterschied zur Geothermie wird die Wärme direkt dem durch Grundwasserwärmepumpen geförderten Grundwasser entzogen (direkte thermische Nutzung).

Bei der Geothermie wird die im Untergrund gespeicherte Erdwärme genutzt. Sie nimmt mit wachsender Tiefe zu. Nach der Tiefe der Gewinnungsstätten wird vereinzelt (noch) unterschieden zwischen untiefer (bis 400–500 Metern) und tiefer Geothermie. Auf die Unterscheidung sollte verzichtet werden¹⁰. Die Wärme wird dem Grundwasser mittels Erdwärmesonden, Erdregister, Wärmekörpern, Energiepfählen und ähnlichen thermoaktiven Elementen entnommen (indirekte thermische Nutzung)¹¹.

⁹ Vgl. PARRIAUX *et al.*, S. 7 ff.; ähnlich HAAG, ETHZ S. 5 ff., DIES., Collage, S. 11, LAURENT, S. 31 ff., unterscheidet im Bereich der Nutzung des Raums unterirdische Infrastrukturen und Lagerung von Abfällen, ebenso ARE 2011, S. 11 ff.; KNOEPFEL/EISENHUT/LAURENT, S. 33 ff., zählen Grundwasser und Geothermie mit den Geomaterialien zur Ressourcennutzung; LAURENT, S. 45 f., und HAAG, Collage, S. 11, ergänzen ihre «Listen» mit der Archäologie.

¹⁰ Vgl. auch HOFMANN, S. 513.

¹¹ Vgl. BAFU, Wärmenutzung, S. 18; CHGEOL, S. 20.

B. Zur Regulierung der Planung der Untergrundnutzungen

Die Aktivitäten im Untergrund sind in mannigfachen Erlassen der Bundes- und Kantons-ebene geordnet. Auf der Stufe der Verfassung und Gesetze gehören sie zum Raumplanungs- und Baurecht (unterirdische Hochbauten), Infrastrukturrecht (Wassersorgung, Kanalisation, Gas-, Strom-, Telekommunikationsnetze, Pipelines, Strassen, Eisenbahnen), Gewässer- und Umweltschutzrecht, Kernenergierecht (geologische Tiefenlager), kantonales Bergregalrecht, Natur- und Heimatschutzrecht (Archäologie). Die Klammer für Vollzug, Umsetzung, Konkretisierung bildet die Raumplanung im Sinn des Vorgehens, der Methode zur Koordination der verschiedenen Nutzungen.

Seit der Revision vom 15. Juni 2012 enthält das RPG deutliche Akzente für die Nutzung des Untergrunds: Das Ziel der Siedlungsentwicklung nach innen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a^{bis} RPG) und der Grundsatz der Verdichtung der Siedlungsfläche (Art. 3 Abs. 3 Bst. a^{bis} RPG) rufen nach, ja zwingen zur Inanspruchnahme des Untergrunds. Auch die Verpflichtung, dass der Richtplan festlegt, wie eine hochwertige Siedlungsentwicklung nach innen bewirkt wird (Art. 8a Abs. 1 Bst. c RPG), fokussiert auf die Nutzung des Untergrunds. Erreicht werden soll die bessere Nutzung bestehender unterirdischer Reserven innerhalb des bereits weitgehend überbauten Siedlungsgebiets und ein haushälterischer Umgang mit der Ressource «Boden»¹². Die Stadt Helsinki verlegt, um öffentliche Strassen zu entlasten und die Flächen für Wohnraum und Parks zu erhalten, Teile seiner Infrastruktur und öffentliche Gebäude – bis hin zu Konzertsälen, Museen, Einkaufszentren, Schwimmhallen – in den Untergrund. Dafür wurde ein Masterplan ausgearbeitet¹³.

Zu lange unbeachtet geblieben ist die Tatsache, dass sich das RPG nie auf die Nutzung der Erdoberfläche – einschliesslich einiger Tiefenmeter des Bodens und Höhenmeter des Luftraums – beschränkt hat. Freilich ging – und geht – es in erster Linie um die haushälterische Nutzung des Bodens, um die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet, um die Siedlungsentwicklung, um die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft usw. Das Gesetz hat aber immer den «Raum» erfasst, und zwar als geografischen Raum mit seinen naturräumlichen (und auch wirtschaftlichen, kulturellen, sozialen) Möglichkeiten¹⁴. Es hat sich nie auf den Boden als gewissermassen zweidimensionales Element («dünne Haut der Erdkruste»¹⁵) beschränkt. Als die Planung der Nutzung des Untergrunds ins Blickfeld geriet, war etwa von der «vertikalen Dimension des Bodens» die

¹² Vgl. Botschaft zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20.1.2010, BBl 2010 1064/1065.

¹³ Vgl. ROTH (nachgesehen 14.3.2019).

¹⁴ Davon wohl zu unterscheiden ist etwa der «Lebensraum»; vgl. Urteil BGer 1A.201/2002 vom 19. Mai 2003 E. 2.2 (Basel-Stadt).

¹⁵ BAFU, Boden, S. 11.

Rede¹⁶. Das RPG erfasst seit seiner Inkraftsetzung 1980, implizit, auch den Untergrund¹⁷.

C. Inhalt einer Regelung der Untergrundplanung

Raumplanung im Untergrund ist also «ordentliche» Raumplanung¹⁸. Sie ist wie jede Raumplanung auf die Verwirklichung eines zu erreichenden künftigen Zustands ausgerichtet, und ihr Gegenstand ist sowohl die Ordnung der Nutzung des Raums (Flächennutzungsplanung) als auch die Koordination raumwirksamer Massnahmen (koordinative Raumplanung)¹⁹. In diesem Beitrag und bei der aktuell praktischen Befassung mit dem Thema²⁰ geht es in erster Linie um die koordinative Raumplanung im Untergrund. Zentrales Element einer Regelung der Untergrundnutzung ist ihre Planung, d.h die Methodik, mit deren Hilfe kohärente Entscheide sichergestellt werden können. Vorgänge, Tätigkeiten oder Massnahmen, die miteinander in irgendeiner Weise in Berührung kommen und gegenseitig zugeordnet werden müssen, sind miteinander abzustimmen. Die durchgehende Koordination wird mit der Raumplanung verwirklicht²¹. Nicht primärer Gegenstand einer Regelung sollen materielle Elemente wie etwa die Nutzungsart oder die Beschaffenheit des Untergrunds sein; geologische Daten sind zwar von grosser Bedeutung, doch ist ihre Erfassung Teil des gesamten Raumplanungsvorgangs und nicht der Raumplanung vorgelagert. Zur Planung der Untergrundnutzung gehört es aber, dass die verfügbaren Entwicklungsräume klar identifiziert und quantifiziert werden²².

¹⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 17.2.2010 zur Motion 09.4067 von SR Felix Gutzwiller vom 3.12.2009 «Im Untergrund herrscht Chaos. Ergänzung im Raumplanungsgesetz nötig».

¹⁷ Vgl. schon KNAPP, S. 30.

¹⁸ Schön hervorgehoben für die Geothermie von POLTIER/PIOTET, S. 451 und 486 f.

¹⁹ Zu dieser Zweiteilung vgl. JAGMETTI, Art. 22^{quater} N. 21 ff.; Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, 246.

²⁰ Im Fachkreis Nutzung des Untergrunds (FNU); vgl. z.B. RUCH/FLURY/GRESCH; RUCH/GRESCH/FLURY; CHGEOL vom 11.3.2019 (<https://chgeol.org/2019-03-7-workshop-fachkreis-nutzung-des-untergrundes-fnu-vom-1-februar-2019/>)(nachgesehen 15.5.2019), <https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/raumplanung-koordinationsbedarf-im-untergrund-ld.113316> (nachgesehen 15.5.2019).

²¹ Vgl. RUCH, Art. 75, N. 18.

²² Vgl. LI/PARRIAUX/LI, S. 2. Vgl. Zu den Anstrengungen auf Bundesebene z.B. die Antwort des Bundesrates vom 12.2.2014 auf das Postulat 13.4158 von Jacques Bourgeois «Potenzial des Untergrundes. Konflikt- und Aufgabenmanagement»; Geologische Daten zum Untergrund, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Vogler 16.4108 vom 16. Dezember 2016, S. 12 ff.

II. Verfassungsebene

Gefragt wird, ob die koordinative Raumplanung im Untergrund bereits in der Bundesverfassung eine Grundlage findet. Die Verfassung ordnet in Art. 75 Abs. 1 die «Raumplanung» und nennt zwei Ziele (zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens und geordnete Besiedlung des Landes). Sie umschreibt damit die Raumplanung als Instrument, mit dem die Ziele erreicht werden sollen. Dass es planerische und methodische (koordinative) Seiten hat, wird mit verstanden. Begriff und Inhalt der Raumplanung werden nicht vorgegeben, sondern sind durch Rechtssetzung und Praxis zu konkretisieren. Darin, dass die Raumplanung weit begriffen wird und auch die Planung der Untergrundnutzung umfasst (oben I.B.), spiegelt sich auch das Verständnis der Verfassung von der Raumplanung.

Wir gehen sodann davon aus, dass die geltende Kompetenzverteilung in der Raumplanung zwischen Bund und Kantonen für den Teilbereich der koordinativen Untergrundplanung nicht geändert werden soll. Wohl hat der Bund nach Art. 43a Abs. 1 BV die Aufgaben zu übernehmen, die einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen²³. Die Bestimmung verpflichtet den Bund indessen nicht dazu, Aufgaben zu übernehmen, auch wenn eine gesamtschweizerisch einheitliche Regelung am Platz wäre; und jede Verfassungsänderung und damit jede Kompetenzzuweisung an den Bund muss vor dem Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt werden²⁴.

Indessen ist die Koordinationspflicht verfassungsrechtlich bereits in grundsätzlicher und umfassender Weise in Art. 75 Abs. 2 BV verankert: Der Bund «koordiniert die Bestrebungen der Kantone» auf dem Gebiet der Raumplanung. Mittel dazu sind in erster Linie die Grundsatzgesetzgebung nach Art. 75 Abs. 1 BV und die Genehmigung der kantonalen Richtpläne, die kohärente grenzüberschreitende Planung ermöglicht²⁵. Die Richtplangenehmigung ist denn auch ein früh angesetzter Anlass zur raumplanerischen Koordination. Wenn der Bund in einzelnen Sachbereichen selber raumwirksame Aufgaben erfüllt (z.B. Eisenbahnen, Nationalstrassen, Kernenergieanlagen, Starkstromanlagen, militärische Anlagen), hat er die notwendigen raumplanerischen Kompetenzen und seine diesbezüglichen Tätigkeiten von Gesetzes wegen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RPG) mit seinen anderen Tätigkeiten und denjenigen der Kantone und Gemeinden abzustimmen²⁶.

Noch ein Wort zur Frage, ob die Bundesverfassung einen ungeschriebenen Grundsatz enthalte, der die Behörden – Gesetzgeber und rechtsanwendende Organe – im Interesse

²³ Vgl. SCHWEIZER, Art. 3. N. 7.

²⁴ Vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, Art. 43, N. 8.

²⁵ Vgl. RUCH, Art. 75 N. 41.

²⁶ Vgl. POLTIER/PIOTET, S. 453.

der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu koordinativer, ganzheitlicher Sichtweise verhalte. In der Lehre ist davon die Rede, dass der Grundsatz nicht einem spezifischen Rechtsbereich, z.B. dem Umweltrecht (Art. 8, s. unten unter III.B.), zugeordnet werden könne, sondern dass er Verfassungsrang habe, was allerdings «noch nicht allgemein anerkannt» sei²⁷. Keine Grundlage des angesprochenen Grundsatzes ist jedenfalls Art. 44 BV²⁸, der ein Unterstützungsgebot bei der Aufgabenerfüllung und ein generelles Gebot loyaler Kooperation ordnet²⁹.

III. Gesetzesstufe

A. Raumplanungsgesetz

Wie ausgeführt (oben I.B.), erfasst das RPG seit jeher ohne ausdrückliche Regelung auch den Untergrund. Die Koordination als zentrales Prinzip der Raumplanung ist somit grundsätzlich auch erfasst, wird als Pflicht aber ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 2 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 und Art. 25a RPG hervorgehoben. Nach verschiedenen Änderungen (namentlich von 1995, 1998, 2007 und 2011) wurde am 15. Juni 2012 als indirekter Gegenvorschlag zur Landschaftsinitiative eine erste Etappe einer Teilrevision des RPG verabschiedet³⁰, die mit der Siedlungsentwicklung nach innen und der Verdichtung Signale in Richtung Untergrundnutzung gesetzt hat (oben I.B.). Nunmehr soll eine zweite Etappe («RPG2») folgen³¹. Art. 3 Abs. 5 des Entwurfs von RPG2 hat folgenden Wortlaut: «Die Nutzungen des Untergrundes, insbesondere die Nutzungen von Grundwasser, Rohstoffen, Energie und baulich nutzbaren Räumen, sind frühzeitig aufeinander sowie auf die oberirdischen Nutzungen und die entgegenstehenden Interessen abzustimmen».

Frühere Entwürfe hatten neben der allgemeinen Vorschrift, der Untergrund sei geordnet³² oder nachhaltig³³ zu nutzen, Bestimmungen zum Untergrund im Bereich des Richtplans enthalten. Die Vorlage vom 3. Juli 2014 hatte in Art. 8 RPG vorgesehen, dass der Richt-

²⁷ Vgl. GRIFFEL/RAUSCH, Art. 8 N. 2, mit weiteren Hinweisen.

²⁸ So aber ABEGG/DÖRIG, S. 9.

²⁹ Vgl. zu diesem Inhalt von Art. 44 BV BIAGGINI, Art. 44 N. 5; SCHWEIZER, Art. 44 N. 7 ff. («Bundes-treue»); AUBERT/MAHON, Art. 44 N. 2 («esprit d'association»).

³⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 1049.

³¹ Botschaft des Bundesrates zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 31. Oktober 2018, BBl 2018 7443.

³² Vgl. 2. Etappe Revision RPG, Vorlage vom 3. Juli 2014, Art. 3 Abs. 5 und Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen, Stand vom 3. Juli 2014, S. 6.

³³ Vgl. 2. Etappe Revision RPG, Vorlage vom 5. Dezember 2014, Art. 3 Abs. 5 und Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen vom 5. Dezember 2014, S. 6 f.

plan mindestens die unterirdischen Räume festlegt, «in denen die rationelle und nachhaltige Nutzung von Grundwasser, Rohstoffen, Energien und baulich nutzbaren Räumen eine Planung bedingt, die, so weit nötig, mit den oberirdischen Bedürfnissen abgestimmt werden muss»³⁴. Die Vorlage vom 5. Dezember 2014 hatte in einem eigenen Art. 8e regeln wollen, dass der Richtplan Festlegungen zum Untergrund treffen und aufzeigen könne, «wie eine zweckmässige und haushälterische Nutzung des Untergrundes sichergestellt wird und wie die Nutzungen von Grundwasser, Rohstoffen, Energien und baulich nutzbaren Räumen untereinander und mit den Planungen an der Erdoberfläche abgestimmt werden»³⁵.

Die geltende Koordinationsvorschrift des RPG, Art. 25a³⁶, bestimmt, dass, wenn die Errichtung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden erfordert, eine Behörde bezeichnet werden muss, die für «ausreichende Koordination» sorgt und dass die Verfügungen keine Widersprüche enthalten dürfen; sie hält zudem fest, dass diese Grundsätze auf das Nutzungsplanverfahren sinngemäss anwendbar sind. Art. 25a RPG begrenzt seine Anwendbarkeit auf Einzelprojekte: die Koordinationspflicht besteht, wenn für ein bestimmtes Projekt mehrere Teilentscheide notwendig sind oder verschiedene Verfahren durchgeführt werden müssen. Fraglich ist, ob die Bestimmung auch für die Fälle angerufen werden kann, in denen verschiedene, voneinander unabhängige Vorhaben miteinander koordiniert werden sollen.

Der Entwurf vom 31. Oktober 2018 macht deutlich, dass das RPG keine Rahmenbedingungen für die Nutzungen des Untergrunds vorgeben, sondern ausschliesslich die Koordinationspflicht statuieren soll. Es soll sich damit auf die koordinative Raumplanung beschränken. Es wird wohl bei der einfachen Grundsatzbestimmung bleiben, dass die Nutzungen des Untergrundes frühzeitig aufeinander sowie auf die oberirdischen Nutzungen und die entgegenstehenden Interessen abzustimmen sind.

B. Umweltschutzgesetz

Im schweizerischen Umweltrecht ist mit dem Massnahmenplan ein koordinatives raumwirksames Instrument verankert. An sich sind die umweltrechtlichen Instrumente, namentlich die Umweltverträglichkeitsprüfung, projektbezogen (wobei die UVP in anlagebezogene Sondernutzungsplanung zu integrieren ist)³⁷. Der Massnahmenplan dagegen ist

³⁴ 2. Etappe Revision RPG, Vorlage vom 3. Juli 2014, Art. 8 Abs. 1a^{ter} und Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen, Stand vom 3. Juli 2014, S. 12 f.

³⁵ Vgl. 2. Etappe Revision RPG, Vorlage vom 5. Dezember 2014, Art. 8e, s. Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen, S. 15; vgl. auch POLTIER/PIOTET, S. 485.

³⁶ Eingefügt durch BG vom 6. Oktober 1995, in Kraft seit 1. Januar 1997.

³⁷ Vgl. WAGNER PFEIFER, N. 681, 698.

einzusetzen, wenn mehrere Quellen bzw. Anlagen zu den (Luft-) Belastungen beitragen oder beitragen würden (Art. 44a USG). Zu den Massnahmen, die vorgesehen werden müssen und jeweils von denjenigen Behörden, die zuständig sind, erlassen werden, gehören weitgehend raumwirksame Massnahmen wie die Richt- und die Nutzungsplanung³⁸. Die so vorgesehene umgreifende Planungsmethode beruht auch auf der gesetzlichen Pflicht zur ganzheitlichen Betrachtungsweise (Art. 8 USG), die berücksichtigt, dass erst ein Zusammentreffen verschiedener Einwirkungen die schädlichen oder lästigen Beeinträchtigungen herbeiführt, und dass es kumulative, synergistische und rückkoppelnde Effekte zu erfassen gilt³⁹.

C. Kantonale Gesetze

Die Kantone sind zuständig, die Gesetze zu erlassen, die das RPG näher ausführen. Immer mehr Kantone verabschieden Gesetze über die Nutzung des Untergrunds. Sie regeln Zweck und Anwendungsbereich des Gesetzes, ordnen Begriffe, legen Grundsätze über die kantonale Hoheit über den Untergrund fest, strukturieren die Zulassungstypen und -verfahren sowie die Stufen von Eingriffen, regulieren den Zugang zu geologischen Daten und ihre Erarbeitung, bestimmen Entgelte, normieren Haftungsfragen, schlagen allenfalls eine Brücke zum Raumplanungsrecht⁴⁰. Wenn Koordination vorgeschrieben wird, dann für das konkrete Projekt, nicht aber als koordinative Planung⁴¹. Die Gesetze setzen mit ihren Bestimmungen dann ein, wenn bereits ein Gesuchsteller nach einer Bewilligung oder Konzession nachfragt. Auch die kantonalen Gesetze ordnen somit keine Koordinationspflicht für mehrere Vorhaben.

IV. Verordnungsstufe

Die Regierung jeder föderalistischen Ebene muss sich entscheiden, ob und wie weitgehend rechtssetzende Bestimmungen auf Verordnungsstufe konkretisiert werden sollen. Kriterien für den Entscheid sind die Vereinheitlichung des Vollzugs und die Präzisierung der gesetzlichen Bestimmungen⁴². So präzisiert die Raumplanungsverordnung des Bundesrats RPV vom 28. Juni 2000, was Koordinationspflicht bedeutet, wann m.a.W. raum-

³⁸ Vgl. MOOR/POLTIER, S. 573 f.; WAGNER PFEIFER, N. 343.

³⁹ Vgl. WAGNER PFEIFER, N. 673; GRIFFEL, S. 40 f.; Urteil BGer 1C_685/2013 vom 6. März 2015, E. 6.3 (Erlenbach ZH).

⁴⁰ Vgl. § 11 Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone vom 2. Dezember 2013.

⁴¹ Vgl. Art. 8 Loi sur les ressources du sous-sol (LRSS) des Kantons Genf vom 7. April 2017 ; § 12a Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone vom 2. Dezember 2013.

⁴² Vgl. die Äusserung des Bundesrats unten bei Anm. 55.

wirksame Tätigkeiten aufeinander abgestimmt werden müssen; das ist der Fall, wenn die Tätigkeiten «einander ausschliessen, behindern, bedingen oder ergänzen» (Art. 2 Abs. 3 RPV). Diese Bestimmung ist die Grundlage für eine umfassende koordinative Raumplanung, die also nicht nur alle «Tätigkeiten» erfasst, die für ein bestimmtes Projekt oder eine bestimmte Nutzungsaufgabe erforderlich sind, sondern auch alle Tätigkeiten, die in einem bestimmten oder bestimmbaren Raum in einer überschaubaren Zeit anfallen. Dabei ist auch schon Bestehendes zu erfassen.

V. «Informelle» Stufen⁴³

Das Planungs-, Bau- und Umweltrecht des Gesetz- und Verordnungsgebers ist abstrakt gefasst. Es wird zum grossen Teil als finales Recht konzipiert (so auch der Entwurf eines Art. 3 Abs. 5 RPG, oben III.A.) und es kann «seine» Gegenstände nicht umfassend regulieren, auch seine Steuerungsfähigkeit ist begrenzt. Die unerlässlichen Konkretisierungen bei der Umsetzung verlangen nach weiteren Instrumenten, die die Anwendung der Rechtsnormen erleichtern, sicher und verlässlich machen und den Zugang für Fachpersonen und Interessierte unterstützen.

Praktisch bedeutsam sind zunächst die technischen Regelungssysteme. Das sind Regeln, die den Menschen in seinem Umgang mit Gegenständen, Verfahren und Systemen der Technik anleiten. Es sind in der Regel geschriebene Normen, die nicht von staatlichen Behörden, sondern von (privaten) Fachorganisationen erlassen werden. Staatliche Stellen werden etwa vom Gesetzgeber beauftragt, die massgebenden technischen Normen zu bezeichnen⁴⁴. Unbestimmte Rechtsbegriffe, Zielnormen (z.B. «Sicherheit», «Stand der Technik») u.ä. werden auch durch Techniken konkretisiert, ohne dass ein staatlicher Auftrag dazu anleitet⁴⁵.

Sodann kommt die Rechtssetzung durch Private in Betracht, die dann öffentlichrechtlicher Natur ist, wenn sie von staatlichen Organen gesteuert ist (auch als Co-Regulierung bezeichnet)⁴⁶. Aber auch reine Selbstregulierung unterstützt die staatliche Aufgabe der Regelbildung⁴⁷; sie ist gelegentlich wirksam im Vorfeld staatlicher Rechtssetzung⁴⁸.

⁴³ «Informell», weil es sich nicht um rechtssetzende, formell abgestützte Vorschriften handelt.

⁴⁴ Vgl. z.B. Art. 6 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit PrSG vom 12. Juni 2009.

⁴⁵ Vgl. beispielsweise Art. 13 Abs. 1 des Gewässerschutzgesetzes GSchG, Stand der Technik bei Abwasserbeseitigungsanlagen; s. bei STUTZ, N. 6. Bezüglich Sicherheit vgl. TRAJKOVA, N. 3.662.

⁴⁶ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N. 485 ff., und zu den Formen der gesteuerten Selbstregulierung N. 495 ff. Beispielsweise regelt Art. 4 des Energiegesetzes EnG vom 30. September 2016, dass Bund, Kantone und Gemeinden vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften freiwillige Massnahmen der Wirtschaft prüfen, worunter auch solche der Rechtssetzung fallen. Nach Art. 44 Abs. 4 EnG berücksichtigen

Die staatliche Regulierung ihrerseits kann ausser- bzw. unterhalb der eigentlichen Rechtsnormen zu Regelungstypen greifen, die nicht rechtssetzender Art sind. In seinen Vollzugshilfen schreibt das Bundesamt für Umwelt einleitend: «Diese Publikation ist eine Vollzugshilfe des BAFU als Aufsichtsbehörde und richtet sich primär an die Vollzugsbehörden. Sie konkretisiert unbestimmte Rechtsbegriffe von Gesetzen und Verordnungen und soll eine einheitliche Vollzugspraxis fördern. Berücksichtigen die Vollzugsbehörden diese Vollzugshilfen, so können sie davon ausgehen, dass sie das Bundesrecht rechtskonform vollziehen; andere Lösungen sind aber auch zulässig, sofern sie rechtskonform sind. Das BAFU veröffentlicht solche Vollzugshilfen (bisher oft auch als Richtlinien, Wegleitungen, Empfehlungen, Handbücher, Praxishilfen u.ä. bezeichnet) in seiner Reihe „Umwelt-Vollzug“»⁴⁹. Der rechtliche Stellenwert der Vollzugshilfen ist treffend umschrieben.

Auf kantonaler und kommunaler Ebene sind solche Hilfsmittel ebenfalls gebräuchlich. Das Bau- und Gastgewerbeinspektorat Basel-Stadt hat eine Arbeitshilfe zum Bau- und Planungsgesetz herausgegeben, die mit Skizzen, Erläuterungen und Hinweisen die gesetzlichen Bestimmungen veranschaulicht⁵⁰. Das Bauinspektorat Thun hilft Interessierten bei der Ausarbeitung des Baugesuchs mit einem Leitfaden⁵¹. Der Kanton Bern legt mit Hilfe von Richtlinien fest, welche Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien von der Baubewilligungspflicht befreit sind⁵². Im Kanton Luzern ist eine Wegleitung für das

Bundesrat und BFE u.a. Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen. Nach Art. 20 Abs. 3 des Gentechnikgesetzes GTG vom 21. März 2003 kann der Bundesrat bestimmte Vollzugsaufgaben, zu denen auch Regulierungen gehören, Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen. Im Landwirtschaftsrecht kann der Bundesrat unter bestimmten Voraussetzungen Richtlinien privater Organisationen anerkennen, Art. 15 Abs. 3 des Landwirtschaftsgesetzes LWG vom 29. April 1998.

⁴⁷ Nach Art. 7 Abs. 3 des Finanzmarktaufsichtsgesetz FINMAG vom 22. Juni 2007 unterstützt die FINMA die Selbstregulierung, sie kann diese im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anerkennen und durchsetzen.

⁴⁸ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N. 498.

⁴⁹ Vgl. BAFU, S. 2; vgl. ferner z.B. folgende Vollzugshilfen des BAFU: UVP-Handbuch 2009, Richtlinie des Bundes für die Umweltverträglichkeitsprüfung; Wegleitung Grundwasserschutz 2004; Verkehrsintensive Einrichtungen (VE) im kantonalen Richtplan, Empfehlungen zur Standortplanung 2006.

⁵⁰ Das Bau- und Planungsgesetz (BPG) Basel-Stadt und seine Anwendung, Arbeitshilfe, Januar 2019, http://www.bi-bs.ch/content/cmscontent/100274_arbeitshilfe_bpg_basel-stadt_stand_januar_2019.pdf.

⁵¹ «Bauvorhaben richtig vorbereiten - Ein Leitfaden für Gesuchstellende», Version 12.11.2018, www.thun.ch/fileadmin/behoerden/bauinspektorat/media/pdf/2018_11_12_Bauvorhaben_richtig_vorbereiten.pdf.

⁵² Regierungsrat des Kantons Bern, Richtlinien Baubewilligungsfreie Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien, Januar 2015, https://www.bve.be.ch/bve/de/index/energie/energie/downloads_publicationen.assetref/dam/documents/BVE/AUE/de/pub/ae_en_richtlinien_erneuerbare_energien_150224_d.pdf.

Bauen ausserhalb der Bauzonen in Gebrauch⁵³; die zuständige Dienststelle erarbeitete in Zusammenarbeit mit ihren Partnern in den Fachverbänden, den Partnern der Verwaltung und weiteren Fachpersonen aus dem Bereich Bauen ausserhalb der Bauzonen die praxisnahe Arbeitshilfe.

Einen besonderen Weg hat der Bundesgesetzgeber bei der Aufgabe beschritten, Anforderungen für die Zuweisung von Land zur Bauzone festzulegen. Er hat sich entschieden, diese Aufgabe in die gemeinsame Verantwortung von Bund und Kantonen zu legen; das Instrument dazu wird als Richtlinien bezeichnet (Art. 15 Abs. 5 RPG)⁵⁴. Es handelt sich um die Technischen Richtlinien Bauzonen, die von der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz am 7. März 2014 und vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation am 17. März 2014 beschlossen worden sind. Über den rechtlichen Stellenwert dieser Richtlinien schrieb der Bundesrat, dass sie zwar keinen Rechtsatzcharakter hätten, ihre Wirkung aber durch die in der Richtlinie zum Ausdruck kommende Fachkompetenz entfalteteten; er stellte aber auch klar, dass Art. 15 Abs. 5 RPG ihn nicht daran hindern würde, rechtssetzende Bestimmungen auf Verordnungsstufe zu erlassen, wenn sich bei der Erarbeitung der technischen Richtlinien herausstellen sollte, dass Bedarf nach Präzisierungen auf Verordnungsstufe besteht⁵⁵.

Die in Aussicht genommene Regelung (Art. 3 Abs. 5 RPG), wonach die Nutzungen des Untergrundes frühzeitig aufeinander sowie auf die oberirdischen Nutzungen und die entgegenstehenden Interessen abzustimmen sind, verlangt nach Konkretisierungen und Präzisierungen, worauf im Einzelnen zu achten ist. Die Heranziehung nur von internem Fachwissen erschiene als zu punktuell und würde nicht eine verlässliche Praxis sichern. In Betracht kommt aber eine «informelle» Regelung, nenne man sie Richtlinien, Wegleitung, Vollzugspraxis oder gar Handbuch. Da die Kantone für die Raumplanung zuständig sind, liegt es nahe, dass sie sich dieser Aufgabe annehmen.

Ein solches Handbuch soll dazu beitragen, eine geordnete Nutzung auch im Untergrund sicherzustellen und die Raumplanungspraxis (insbesondere bezüglich des Einsatzes der planerischen Instrumente wie Sachplanung und kantonaler Richtplanung) zu harmonisieren. Es soll vorweg auf die Notwendigkeit der Koordination aufmerksam machen und Klarheit schaffen über geeignete Vorgehensweisen und die zur Anwendung kommenden

⁵³ Wegleitung für das Bauen ausserhalb der Bauzonen, 1. Februar 2019, https://rawi.lu.ch/-/media/RAWI/Dokumente/Downloads/baubewilligungen/wegleitung_abz.pdf?la=de-CH

⁵⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 1049, 1074.

⁵⁵ Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 1049, 1074 f. Angesichts der klaren Delegationsnorm von Art. 15 Abs. 5 RPG erscheint eine Regelung auf Verordnungsstufe (jetzt Art. 30a Abs. 1 RPV) als verfassungsrechtlich problematisch.

Verfahren. Es soll die Praktiken innerhalb des bestehenden gesetzlichen Rahmens optimieren und den interessierten und beteiligten Stellen und Nutzern bei der Anwendung der Raumplanungsinstrumente im Zusammenhang mit Projekten zur Nutzung des Untergrunds als Arbeitsgrundlage dienen. Es soll eine Entscheidungshilfe bei der Lösung von Zielkonflikten bieten und als Vollzugshilfe eine gesamtschweizerisch einheitliche Anwendung der massgebenden Kriterien erleichtern.

Résumé

Die koordinative Raumplanung im Untergrund ist bereits – implizit – im geltenden RPG enthalten. Zeigt sich aber, dass die Umsetzung dieses Grundsatzes in der Praxis nicht gewährleistet ist, ist der Gesetzgeber aufgerufen, rechtssetzend zu verdeutlichen⁵⁶. Erscheinungen wie das Recht des Ersteren, Prioritätensetzungen, Kontingentierungen oder Wettläufe haben keinen Platz. Im Anschluss an die normativen Vorgaben sollten auf informellerer Ebene die konkretisierenden und präzisierenden Regulierungen vorgenommen werden. Da diese keinen gesetzlichen Auftrag benötigen, sind sie auch am Platz, wenn der Gesetzgeber auf eine spezifische Koordinationsbestimmung verzichtet.

Literaturverzeichnis

- ABEGG Andreas / DÖRIG Leonie, Untergrund im Recht, Rechtsgutachten, Winterthur Oktober 2018, gestens.unifr.ch/NewsLetters/News/Users/7/Files/NewsLetter_02_2019/Rechtsgutachten.pdf.
- ANAGNOSTOU Georg, Zur Problematik des Tunnelbaus in quellfähigem Gebirge, in: Quellprobleme in der Geotechnik, *Mitteilungen der Schweizerischen Gesellschaft für Boden- und Felsmechanik* Nr. 154, 27. April 2007, S. 1 ff.
- ARE Bundesamt für Raumentwicklung, Weshalb sich die Raumplanung um den Untergrund kümmern muss, Bericht der Arbeitsgruppe «Raumplanung im Untergrund», Bern 2011.
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- BAFU Bundesamt für Umwelt, Boden in der Schweiz, Zustand und Entwicklung, Stand 2017.
- BAFU Bundesamt für Umwelt, Wärmenutzung aus Boden und Untergrund. Vollzugshilfe für Behörden und Fachleute im Bereich Erdwärmenutzung, 10/2009.
- BIAGGINI Giovanni, *BV – Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017.

⁵⁶ So hat auch die Revision des RPG vom 15. Juni 2012 einige blosse Ausdeutschungen von unbestrittenen Grundsätzen des RPG gebracht, wie die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet, die Begrenzung der Bauzonengrösse oder die Reduktion überdimensionierter Bauzonen.

- CHGEOL, *Die Nutzung des geologischen Untergrunds in der Schweiz. Empfehlungen des Schweizer Geologenverbands CHGEOL zur Harmonisierung von Verfügungshoheit, Sachherrschaft und Nutzungsvorschriften*, Bern 2012.
- DRESMANN Horst / HUGGENBERGER Peter, Planungsinstrument «geologisches 3D-Modell», *Collage* 2/2012, S. 17 ff.
- GRIFFEL Alain, *Umweltrecht in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2015.
- GRIFFEL Alain / RAUSCH Heribert, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011.
- HAAG Susanne, *Braucht es neue Regelungen für eine untertägige Raumplanung? Situationsanalyse zum Stand der Planung im Untergrund*, ETHZ 2011.
- HAAG Susanne, Braucht es neue Regelungen für eine untertägige Raumplanung?, *Collage* 2/2012, S. 10 ff.
- HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- HOFMANN Yann, Les objectifs et défis du droit de l'aménagement du territoire en rapport avec l'usage du sous-sol, *URP/DEP* 5/2014, S. 507 ff.
- JAGMETTI Riccardo, Art. 22^{quater}, in: *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1988.
- KNAPP Blaise, L'urbanisme du sous-sol, *BR/DC* 1987, 27 ff.
- KNOEPFEL Peter / EISENHUT Thomas / LAURENT Vincent, Rapport sur la législation et la pratique des cantons en matière du sous-sol, *Rapport Idheap* 2011.
- KNÜSEL Paul, Erdwärmesonden im Dichtestress, TEC21 – Schweizerische Bauzeitung, Zürich 26.2.2015, <https://www.espazium.ch/de/aktuelles/erdwaermesonden-im-dichtestress>.
- LAURENT Vincent, *Perspectives et défis de la gestion durable du sous-sol en Suisse. Analyse des droits de propriété et d'usages relatifs à l'espace souterrain et aux éléments physiques du sous-sol*, Lausanne 2011.
- LI Huan-Qing / PARRIAUX Aurèle / LI Xiao-Zhao, The Way to Plan a Viable «Deep City»: From Economic and Institutional Aspects, <https://infoscience.epfl.ch/record/167605/files/HKIPIE2011>.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011.
- MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- NEUHAUS Gabriela, Platznot im Untergrund, *Hochparterre* Januar 2019, S. 8 ff.
- PARRIAUX Aurèle / BLUNIER Pascal / MAIRE Pierrick / DEKKIL Guillaume / TACHER Laurent, *Projet Deep City. Ressources du sous-sol et développement durable des espaces urbains*, *Rapport de recherche PNR 54*, Zurich 2010 (PARRIAUX *et al.*).
- POLTIER Etienne / PIOTET Denis, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *ZSR* 2015 I 449-492.
- ROTH Jenni, Die unterirdische Stadt, <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/reste/helsinki-die-unterirdische-stadt>.

- RUCH Alexander, Art. 75, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., 2014.
- RUCH Alexander, Stadtentwicklung im Untergrund. Skizzen aus der Schweiz, in: *REAL CORP* 2016 Tagungsband, S. 667 ff.
- RUCH Alexander / FLURY Andreas / GRESCH Peter, Raumplanung für die Nutzung des Untergrunds, Collage, *Zeitschrift für Planung, Umwelt und Städtebau* 4/2014, S. 26 ff. (www.f-s-u.ch/media/archive1/collage/collage_2014/Collage_4_14.pdf).
- RUCH Alexander / GRESCH Peter / FLURY Andreas (Hrsg.), Nutzung des Untergrunds / Utilisation du sous-sol, *Geomatik Schweiz* 11/2013, S. 607 ff.
- RUCH Clemens / WIRSING Gunther, Erkundung und Sanierungsstrategien im Erdwärmesonden-Schadensfall Staufen i.Br., publ. am 2.9.2013, mit stockwerksübergreifenden Erdwärmesonden-Bohrungen durch mehrere Grundwasserstockwerke, <https://doi.org/10.1002/gete.201300005> (zuletzt besucht 20.5.2019).
- RUIZ Geneviève, Niemandsländ unter der Schweiz, *Horizonte* Nr. 118, September 2018, S. 12 ff.
- SCHENKER Franz, Nutzung des Untergrunds – Um was geht es?, *URP* 5/2014, 431 ff.
- SCHWEIZER Rainer, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., 2014.
- SCHWEIZER Rainer / MÜLLER Lucien, Art. 43, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., 2014.
- STUTZ Hans W., Art. 13, in: Hettich/Jansen/Norer (Hrsg.), *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz*, Zürich/Basel/Genf 2016.
- TRAJKOVA Renata, Bauphysikalische und sicherheitspolizeiliche Anforderungen, in: Griffel *et al.* (Hrsg.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 289 ff.
- WAGNER PFEIFER Beatrice, *Umweltrecht. Allgemeine Grundlagen*, Zürich/St. Gallen 2017.

Rechtliche Instrumente der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz

Inhalt	Seite
I. Einleitung	1008
II. Bundesverfassungsrechtliche Grundlagen	1010
III. Übersicht über die bundesrechtlichen Instrumente und Vorschriften zur Förderung erneuerbarer Energien	1013
A. Raumplanungs- und baurechtliche Vorschriften	1013
B. Finanzielle Förderinstrumente	1016
C. Weitere Förderinstrumente	1018
IV. Einspeisevergütungssystem	1018
A. Allgemeines	1019
1. Konzeption	1019
2. Rechtliche Qualifikation	1021
3. Zulässigkeit nach internationalem Wirtschaftsrecht	1022
4. Zeitliche Geltung und intertemporale Aspekte	1023
B. Teilnahmevoraussetzungen	1024
C. Verfahren und Rechtsschutz	1026
1. Anwendbares Verfahrensrecht	1026
2. Zuständigkeiten	1026
3. Gesuch	1027
4. Reihenfolge der Berücksichtigung	1027
5. Warteliste	1027
6. Zusicherung dem Grundsatz nach	1027
7. Projektfortschritte, Inbetriebnahme und Meldepflichten	1028
8. Entscheid	1029
9. Rechtsschutz	1029

* Professor an der Universität Freiburg.

** Assistent an der Universität Freiburg.

I. Einleitung

Nach der Nuklearkatastrophe in Fukushima vom 11. März 2011 wurden die Weichen in der Schweizer Energiepolitik neu gestellt. Als Sofortmassnahme sistierte das UVEK drei Verfahren für Rahmenbewilligungen für den Ersatz von Kernkraftwerken.¹ Gleichzeitig beauftragte der Bundesrat das UVEK, die bestehende Energiestrategie und die Energieperspektiven 2035 zu aktualisieren.² Im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der Energiestrategie 2050, das am 21. Mai 2017 Gegenstand einer Referendumsabstimmung bildete³, wurde der Grundsatzentscheid für einen schrittweisen Ausstieg aus der Kernenergie gefällt.⁴ Art. 12a des teilrevidierten Kernenergiegesetzes (KEG)⁵ sieht vor, dass keine Rahmenbewilligungen für die Erstellung von Kernkraftwerken mehr erteilt werden dürfen. Der schrittweise Ausstieg aus der Kernkraft ist einer der Gründe, weshalb das Schweizer Energiesystem bis ins Jahr 2050 sukzessive umgebaut werden soll (und muss).⁶ Mit der Energiestrategie 2050 sollen unter anderem der Endenergie- und der Stromverbrauch reduziert, der Anteil der erneuerbaren Energien erhöht und die energiebedingten CO₂-Emissionen gesenkt werden.⁷ Dies, so der Bundesrat in seiner Botschaft, ohne die Versorgungssicherheit und die preiswerte Energieversorgung in der Schweiz zu gefährden.⁸ Sollten die beabsichtigten Ziele erreicht werden, dürfte sich die Förderung erneuerbarer Energie für die Versorgungssicherheit geradezu dienlich erweisen, zumal die Abhängigkeit von Stromimporten reduziert werden kann.⁹ Auch können dadurch die klimapolitischen Ziele verfolgt werden, da die Stromproduktion aus erneuerbaren Ener-

¹ UVEK, Medienmitteilung vom 23.03.2011, Bundesrat lässt Grundlagen für Energiepolitik nach Fukushima überprüfen, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

² UVEK, Medienmitteilung vom 23.03.2011, Bundesrat lässt Grundlagen für Energiepolitik nach Fukushima überprüfen, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019); BFE, Energiestrategie 2050: Chronologie, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

³ Die Gesetzesvorlagen im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der Energiestrategie 2050, insbesondere das totalrevidierte Energiegesetz (EnG), wurden in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2017 nach zustande gekommenem Referendum mit 58,2 % Ja-Stimmen angenommen.

⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

⁵ Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1).

⁶ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

⁸ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

⁹ Vgl. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 2.

gien CO₂-frei (z.B. Wind oder Photovoltaik) oder zumindest CO₂-neutral (z.B. Biomasse) ist, was insbesondere im Zusammenhang mit dem geplanten Ausstieg aus der Kernenergie relevant ist, zumal ohne Ausbau erneuerbarer Energien eine verstärkte Nutzung fossiler Brennstoffe notwendig wäre.¹⁰ Mit der im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der Energiestrategie 2050 beschlossenen Revision des Energiegesetzes (EnG)¹¹ wurden konkrete mittelfristige Zielsetzungen für das Jahr 2035 und kurzfristige Zielsetzungen für das Jahr 2020 in Bezug auf den Ausbau der Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Art. 2 EnG) und den Verbrauch (Art. 3 EnG) festgelegt.¹² Das erste Massnahmenpaket zur Energiestrategie 2050 ist auf die kurzfristigen Zielsetzungen für das Jahr 2020 ausgerichtet, entfaltet seine Wirkung aber auch anschliessend.¹³ Dabei wird in erster Linie auf eine konsequente Erschliessung der vorhandenen Energieeffizienzpotenziale und – unter Wahrung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Schutz und Nutzen in der Interessenabwägung – in zweiter Linie auf die Ausschöpfung der vorhandenen Potenziale der Wasserkraft und der neuen erneuerbaren Energien gesetzt.¹⁴ Das neue Energiegesetz vom 30. September 2016 ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten.

Die durchschnittliche Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ausgenommen aus Wasserkraft, soll im Jahr 2020 bei mindestens 4400 GWh und im Jahr 2035 bei mindestens 11 400 GWh liegen (Art. 2 Abs. 1 EnG). Im Jahr 2016 lag die durchschnittliche Produktion bei 3184,5 GWh.¹⁵ Die durchschnittliche Produktion von Elektrizität aus Wasserkraft soll im Jahr 2035 bei mindestens 37 400 GWh liegen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 EnG). Im Jahr 2017 lag die Produktion von Elektrizität aus Wasserkraft bei 36 666 GWh.¹⁶ Was die Stromproduktion im Jahr 2017 insgesamt anbelangt, verteilt sich diese wie folgt auf die einzelnen Produktionsverfahren: Speicherkraftwerke 33,7 %, Kernkraftwerke 31,7 %, Laufwasserkraftwerke 25,9 %, diverse erneuerbare Energien 4,0 %, konventionell-thermische Kraft- und Fernheizkraftwerke (nicht erneuerbar) 2,7 %, konventionell-thermische Kraft- und Fernheizkraftwerke (erneuerbar) 2,0 %.¹⁷ Diese Zahlen zeigen auf, dass – von der Wasserkraft abgesehen – die Produktion von Strom aus erneuerbaren Energien in der Schweiz stark unterentwickelt ist, wobei das Potenzial etwa für Solar- und Windenergie noch längstens nicht ausgeschöpft ist, und erhebliche Anstrengungen unternommen werden müssen, um die Ziele der Energiestrategie 2050 zu erreichen. Hinsichtlich der Bedarfsdeckung fällt auf, dass seit einigen Jahren die inländische Produktion nicht ausreicht, um den Strombedarf im Winter zu

¹⁰ So ausdrücklich SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 3.

¹¹ Energiegesetz (EnG) vom 30. September 2016 (SR 730).

¹² Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

¹³ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

¹⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7565.

¹⁵ BFE, Elektrizitätsstatistik 2017, S. 50, Tab. A-3, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

¹⁶ BFE, Elektrizitätsstatistik 2017, S. 13, Tab. 8, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

¹⁷ BFE, Elektrizitätsstatistik 2017, S. 2, Fig.1, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

decken.¹⁸ Diese Problematik dürfte sich mit dem schrittweisen Ausstieg aus der Kernenergie noch verschärfen.

In diesem Beitrag soll nun aber nicht auf das vielschichtige Thema der Versorgungssicherheit eingegangen werden, vielmehr ist den rechtlichen Instrumenten zur Förderung erneuerbarer Energien nachzugehen, wobei das Einspeisevergütungssystem nach dem neuen Energiegesetz im Vordergrund steht. Letzteres verbindet zwei juristische Steckpferde von Etienne POLTIER – einerseits das Energierecht¹⁹ und andererseits das Subventionsrecht²⁰. Bevor dieses dargestellt wird, ist auf die bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien einzugehen und sind die verschiedenen Instrumente und Vorschriften des Bundesrechts bezüglich der Förderung erneuerbarer Energien überblicksartig aufzuzeigen. Ein Ausblick rundet den Beitrag ab.

II. Bundesverfassungsrechtliche Grundlagen

Art. 89 BV²¹ ist die zentrale Bestimmung der Energieverfassung.²² Er regelt Ziele und Grundsätze der Energiepolitik, schafft Bundeskompetenzen und regelt die Art und Weise deren Ausübung.²³ Weitere Bestimmungen betreffen die Kernenergie (Art. 90 BV) sowie den Transport von Energie (Art. 91 BV). Neben diesen Bestimmungen, die im Abschnitt «Energie und Kommunikation» aufgeführt sind, gibt es weitere Bestimmungen, die einen Bezug zu Energie aufweisen. Zu nennen sind insbesondere die Bereiche Nachhaltigkeit (Art. 73 und Art. 2 Abs. 4 BV), Umweltschutz (Art. 74), Raumplanung (Art. 75 BV), Wasser (Art. 76 BV) und Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV).²⁴ Zu berücksichtigen sind aber auch Vorgaben der Wirtschaftsverfassung (Art. 27 und 94 ff. BV), der Landesversorgung (Art. 102 BV), der Strukturpolitik (Art. 103 BV) und der Verkehrspolitik (Art. 81a ff. BV).²⁵

Bund und Kantone setzen sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch (Art. 89 Abs. 1 BV). Abs. 1

¹⁸ BFE, Elektrizitätsstatistik 2017, S. 34, Fig. 19, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

¹⁹ So ist Etienne POLTIER beispielsweise Herausgeber der Zeitschrift für Energierecht (ZER) bzw. der *Revue du droit de l'énergie* (RDDE).

²⁰ Vgl. den grundlegenden Beitrag zum Subventionsrecht im Band zum Finanzrecht aus der Reihe Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (POLTIER, *Les subventions*, S. 343 ff.).

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

²² KERN, BSK BV, Art. 89 N 4; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 4.

²³ SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 4; vgl. auch KERN, BSK BV, Art. 89 N 4.

²⁴ KERN, BSK BV, Art. 89 N 5; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 4.

²⁵ KERN, BSK BV, Art. 89 N 5; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 4.

statuiert noch keine Zuständigkeiten an sich, sondern beinhaltet nur einen Zielkatalog, den Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten anzustreben haben.²⁶ Die einzelnen Ziele sind grundsätzlich gleichwertig.²⁷ Der angestrebte Umbau des Energiesystems verlagert aber die Gewichtung innerhalb des Zielkatalogs und kann zu Konflikten mit anderen Verfassungsbestimmungen wie z.B. der Raumplanung (Art. 75 BV) oder dem Gewässerschutz (Art. 76 BV) führen.²⁸ Gemäss Art. 89 Abs. 2 BV hat der Bund eine verpflichtende, konkurrierende Grundsatzgesetzgebungskompetenz in den Bereichen «Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien» und «sparsamer und rationeller Energieverbrauch».²⁹ Dementsprechend sind die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes begrenzt.³⁰ Art. 89 Abs. 3 Satz 1 BV begründet einen umfassenden und konkurrierenden Gesetzauftrag an den Bund, Vorschriften über den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten zu erlassen.³¹ Ebenfalls verpflichtend ist dessen parallele Förderungskompetenz in Bezug auf die Entwicklung von Energietechniken, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien.³² Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind gemäss Art. 89 Abs. 4 BV vor allem die Kantone zuständig. Diese Norm ist nicht deklaratorischer Natur, sondern stellt eine Einschränkung der Bundeskompetenzen nach Abs. 2 und 3 dar.³³ Gemäss Abs. 5 hat der Bund Berücksichtigungs- und Rechnungstragungspflichten.³⁴

Obwohl Art. 89 BV im Zentrum der Energieverfassung steht, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass dieser Artikel dem Bund keine finanzielle Förderung der praktischen Anwendung von erprobten Verfahren im Zusammenhang mit erneuerbaren Energien erlaubt; erfasst ist lediglich die Entwicklung von neuen Energietechniken.³⁵ Die finanzielle Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien stützt sich vielmehr auf Art. 74 BV («Umweltschutz»), gemäss dessen Abs. 1 der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen

²⁶ SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 6; KERN, BSK BV, Art. 89 N 9; vgl. auch BIAGGINI, OFK BV, Art. 89 N 4.

²⁷ Botschaft Energiegesetz 1996, S. 1153; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 167.

²⁸ Botschaft Energiegesetz 1996, S. 1153; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 168; HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen KEV, S. 147 f.

²⁹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 89 N 5; KERN, BSK BV, Art. 89 N 14; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 11.

³⁰ SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 11.

³¹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 89 N 6; KERN, BSK BV, Art. 89 N 17; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 12.

³² BIAGGINI, OFK BV, Art. 89 N 6; KERN, BSK BV, Art. 89 N 18; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 13.

³³ KERN, BSK BV, Art. 89 N 19.

³⁴ BIAGGINI, OFK BV, Art. 89 N 11; KERN, BSK BV, Art. 89 N 20 f.; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, SGK BV, Art. 89 N 18 f.

³⁵ Botschaft Energiegesetz 1996, S. 1153; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 165.

erlässt.³⁶ Der Bundesrat verweist hierzu auf den Zusammenhang zwischen Energieversorgung bzw. -konsum und Umweltbelastung, der dem Bund auch im Energiebereich erhebliche Eingriffs- und Steuerungsmöglichkeiten verschaffe.³⁷ Die Rechtsetzungskompetenz des Bundes ist umfassend und konkurrierend.³⁸ Über das Instrument der finanziellen Förderung hinaus können gestützt auf Art. 74 Abs. 1 BV etwa auch Verbote, Gebote und Bewilligungspflichten vorgesehen werden.³⁹

In Bezug auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der erneuerbaren Energien ist des Weiteren ein Urteil des Verfassungsgerichts des Kantons Jura vom 27. Juni 2018 von Interesse, in dem die Zulässigkeit der Volksinitiative «Contre la géothermie profonde dans le Jura» zu beurteilen war.⁴⁰ Die Initiative verlangte, dass die Erkundung und Ausbeutung von Erdwärme aus mittlerer und grosser Tiefe auf dem ganzen Kantonsgebiet verboten wird (Geothermie-Verbot).⁴¹ Das Verfassungsgericht kommt zum Schluss, dass ein generelles Geothermieverbot auf dem Kantonsgebiet – wengleich den Kantonen gewisse Regelungsbefugnisse in Bezug auf die Geothermie zukommen – mit den Vorgaben und Zielen der Bundesverfassung und der Energiegesetzgebung des Bundes im Bereich der erneuerbaren Energien nicht zu vereinbaren sei.⁴² Die Zuständigkeit der Kantone für die Nutzung des Untergrundes bleibt zwar bestehen, ist aber im Rahmen der Bundeskompetenzen und der Bundesgesetzgebung auszuüben.⁴³ Lediglich für ein einzelfallweises Geothermieverbot bleibt somit noch Raum, wobei auch hier die entsprechenden bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten sind.⁴⁴ In vielen Kantonen fehlen umfassende gesetzliche Regelungen zur Nutzung des tiefen Untergrundes oder wurden solche erst in den letzten Jahren geschaffen.⁴⁵

³⁶ HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 165 ff.

³⁷ Botschaft Energiegesetz 1996, S. 1153; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 165.

³⁸ BIAGGINI, OFK BV, Art. 74 N 3; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 165 ff.

³⁹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 74 N 6; HETTICH *et al.*, Strommarkt, S. 165 ff.; MORELL/VALLENDER, SGK BV, Art. 74 N 15.

⁴⁰ CST 1 + 2 / 2017, Arrêt de la Cour constitutionnelle (Tribunal cantonal) de la République et du canton du Jura du 27.06.2018; vgl. dazu HÄNNI, Kantonale Kompetenzen Geothermie, www3.unifr.ch/federalism/de/ (besucht am 16.06.2019).

⁴¹ CST 1 + 2 / 2017, Arrêt de la Cour constitutionnelle (Tribunal cantonal) de la République et du canton du Jura du 27.06.2018, E. 2.

⁴² CST 1 + 2 / 2017, Arrêt de la Cour constitutionnelle (Tribunal cantonal) de la République et du canton du Jura du 27.06.2018, E. 7.3.

⁴³ WIEDERKEHR/ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen Geothermie, S. 645.

⁴⁴ Vgl. WIEDERKEHR/ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen Geothermie, S. 639 ff.; WIEDERKEHR/ABEGG, Legal Opinion, S. 329 ff. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die geplante zweite Etappe zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG), in deren Rahmen ein neuer Art. 3 Abs. 5 eingefügt werden soll, der Planungsgrundsätze zur Nutzung des Untergrundes aufstellt; siehe hierzu Botschaft 2. Etappe RPG, S. 7463.

⁴⁵ Vgl. WIEDERKEHR/ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen Geothermie, S. 639 ff.

III. Übersicht über die bundesrechtlichen Instrumente und Vorschriften zur Förderung erneuerbarer Energien

Mit dem ersten Massnahmenpaket zur Energiestrategie 2050 wurden auf Bundesebene neue Instrumente zur Förderung erneuerbarer Energien eingeführt bzw. bestehende Förderinstrumente neu konzipiert. Die bundesrechtlichen Förderinstrumente und die diesbezüglichen Vorgaben können unterschiedliche Gestalt annehmen, wobei namentlich zwischen raumplanungs- bzw. baurechtlichen und finanziellen unterschieden werden kann.

A. Raumplanungs- und baurechtliche Vorschriften

Im Rahmen des ersten Massnahmenpakets zur Energiestrategie 2050 wurden nicht nur die finanziellen Förderungssysteme, sondern auch die raumplanungsrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf den Ausbau erneuerbarer Energien angepasst. Der neue Art. 8b RPG⁴⁶ sieht die Pflicht der Kantone vor, im Richtplan die für die Nutzung erneuerbarer Energien geeigneten Gebiete und Gewässerstrecken zu bezeichnen.⁴⁷ Dies hat insbesondere für die Nutzung der Wasser- und Windkraft zu gelten (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EnG). Die Kantone schliessen dabei bereits genutzte Standorte mit ein und können auch Gebiete und Gewässerstrecken bezeichnen, die grundsätzlich freizuhalten sind (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EnG). Die Kantone sorgen weiter dafür, dass enspechend Nutzungspläne erstellt oder bestehende Nutzungspläne angepasst werden (Art. 10 Abs. 2 EnG). Den Bund trifft eine Unterstützungspflicht bei der Grundlagenarbeit, und er sorgt für eine gesamtschweizerische Sichtweise (Ar. 11 EnG).⁴⁸ Auch ist er befugt, im Bereich des Ausbaus erneuerbarer Energien Konzepte nach Art. 13 RPG zu erlassen, wobei freilich der Planungshoheit der Kantone Rechnung zu tragen ist. Mit dem «Konzept Windenergie» hat das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) im Juni 2017 ein solches für den Bereich der Windenergie erarbeitet. Dieses Konzept bezieht sich insbesondere auf die Richtplanung und es dürfte insofern für die Genehmigung der kantonalen Richtpläne durch den Bund relevant sein. Es ändert indes nichts an den kantonalen und kommunalen Zuständigkeiten im Bereich der Raumplanung und der Baubewilligungsverfahren. Vielmehr legt es behördenverbindlich fest (vgl. auch Art. 22 RPV⁴⁹), wie die Bundesinteressen (Energieversorgung, Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz usw.) bei der Planung und Bewilligung

⁴⁶ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁴⁷ Vgl. zum Richtplanvorbehalt nach Art. 8 Abs. 2 RPG in Bezug auf Windenergieanlagen BGer, Urteil 1C_346/2014 vom 26.10.2016, E. 2.4 f.

⁴⁸ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7663.

⁴⁹ Raumplanungsverordnung (RPV) vom 28. Juni 2000 (SR 700.1).

von Windenergieanlagen zu berücksichtigen sind. Es macht keine räumlich konkreten Aussagen zur Ausscheidung von Gebieten und Standorten für die Windenergienutzung.⁵⁰ Derzeit befindet sich das Konzept in Überarbeitung.⁵¹

Bereits ein bisschen älter als die neuen Gesetzesbestimmungen, die im Rahmen des ersten Massnahmenpakets zur Energiestrategie 2050 erlassen worden sind, sind die bundesrechtlichen Vorschriften in Bezug auf den Bau von Solaranlagen (Art. 18a RPG), der durch herabgesetzte baurechtliche Anforderungen gefördert werden soll.⁵² In Bau- und in Landwirtschaftszonen sind auf Dächern genügend angepasste Solaranlagen von der Baubewilligungspflicht nach Art. 22 Abs. 1 RPG befreit; solche Vorhaben sind der zuständigen Behörde lediglich zu melden (Art. 18a Abs. 1 RPG). Gemäss RPG kann das kantonale Recht einerseits (lit. a) bestimmte, ästhetisch wenig empfindliche Typen von Bauzonen festlegen, in denen auch andere Solaranlagen ohne Baubewilligung erstellt werden können, und andererseits (lit. b) in klar umschriebenen Typen von Schutzzonen eine Baubewilligungspflicht vorsehen (Art. 18a Abs. 2 RPG). Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung bedürfen hingegen stets einer Baubewilligung (Art. 18a Abs. 3 Satz 1 RPG); sie dürfen solche Denkmäler nicht wesentlich beeinträchtigen (Art. 18a Abs. 3 Satz 2 RPG). Ansonsten gehen nach Art. 18a Abs. 4 RPG die Interessen an der Nutzung der Solarenergie auf bestehenden oder neuen Bauten den ästhetischen Anliegen grundsätzlich vor.

Was die Verfahren zur Bewilligung der Errichtung oder Änderung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie anbelangt, so befinden sich diese – mit Ausnahme der Wasserkraftwerke an Grenzgewässern (vgl. Art. 7 WRG⁵³) – nach wie vor in der Zuständigkeit der Kantone (vgl. Art. 25 RPG).⁵⁴ Der Bund kann den Kantonen diesbezüglich nur beschränkt Vorgaben machen.⁵⁵ Deshalb wird im neuen Energiegesetz nur – aber immerhin – verlangt, dass die Kantone für den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien rasche Bewilligungsverfahren vorsehen müssen (Art. 14 Abs. 1 EnG).⁵⁶

⁵⁰ ARE, Konzept Windenergie, www.are.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

⁵¹ Das ARE hat am 21.05.2019 einen an das neue Energiegesetz und die dazugehörige Verordnung angepassten Entwurf des Konzepts bei den Kantonen in die Anhörung geschickt, zu der sich auch Organisationen und Privatpersonen äussern können; vgl. ARE, Medienmitteilung vom 21.05.2019, Konzept Windenergie in Anhörung, www.are.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

⁵² Vgl. dazu HETTICH/PENG, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen, S. 1427 ff.

⁵³ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80).

⁵⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7629.

⁵⁵ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7629.

⁵⁶ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7629.

Weiter wird im neuen Energiegesetz die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau zum «nationalen Interesse» erklärt (Art. 12 Abs. 1 EnG). Einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich auch Speicherkraftwerke, sowie Pumpspeicherkraftwerke sind ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von einem nationalen Interesse (Art. 12 Abs. 2 EnG), das insbesondere demjenigen nach Art. 6 Abs. 2 NHG⁵⁷ entspricht, wobei der Bundesrat für Wasser- und Windkraftanlagen die erforderliche Grösse und Bedeutung in Art. 8 f. EnV⁵⁸ festgelegt hat.⁵⁹ Mit diesem Status ziehen die entsprechenden Energieproduktionsanlagen grundsätzlich mit anderen Interessen von nationaler Bedeutung gleich, insbesondere mit dem Schutzniveau, das die Objekte von nationaler Bedeutung in den Bundesinventaren des Natur-, Landschafts-, Heimat- und Ortsbildschutzes geniessen (vgl. Art. 5 f. NHG).⁶⁰ Von deren ungeschmälerter Erhaltung darf bei der Erfüllung von Bundesaufgaben ein Abweichen nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG). Art. 12 Abs. 3 EnG hält weiter fest, dass das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten ist mit anderen nationalen Interessen, wobei ein Abweichen von der ungeschmälerter Erhaltung in Erwägung gezogen werden darf.⁶¹ Der Bau von entsprechenden Anlagen kann demnach selbst in inventarisierten Objekten von nationaler Bedeutung unter Umständen in Frage kommen.⁶² Wenngleich der Gesetzeswortlaut, der entgegen dem bundesrätlichen Entwurf nicht von «grundsätzlich gleichrangig», sondern bloss von «gleichrangig» spricht, aber dennoch festhält, dass eine Interessenabwägung stattfinden soll, missverständlich, wenn nicht sogar widersprüchlich formuliert ist⁶³, ist davon auszugehen, dass im Einzelfall eine Interessenabwägung stattzufinden hat und überdies ein allfälliger Eingriff in das Schutzobjekt so schonend wie möglich auszugestalten ist.⁶⁴ In der Vergangenheit hatten Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien im Baubewilligungsverfahren nicht selten einen schweren Stand, insbe-

⁵⁷ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451).

⁵⁸ Energieverordnung (EnV) vom 1. November 2017 (SR 730.01).

⁵⁹ PLÜSS, Interessenabwägung, S. 16 f., Rn. 33; vgl. auch Art. 13 EnG, wonach der Bundesrat auch in weiteren Fällen ein nationales Interesse zuerkennen kann.

⁶⁰ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7628.

⁶¹ Eine analoge Formulierung fand auch Eingang in das am 18. März 2016 revidierte Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG) vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0) (Art. 5 Abs. 3^{bis} betreffend die Rodungsbewilligung).

⁶² Vgl. auch PLÜSS, Interessenabwägung, S. 16 ff., Rn. 33 ff., S. 27, Rn. 54 f., S. 32, Rn. 70, S. 45 f., Rn. 98.

⁶³ Vgl. GRIFFEL, Grundsätzlich gleichrangig = gleichrangig; Denkfehler erlaubt!, S. 161 f.

⁶⁴ PLÜSS spricht in diesem Zusammenhang von freier Interessenabwägung: PLÜSS, Interessenabwägung, S. 46, Rn. 98.

sondere wenn sie in BLN-Gebieten hätten zu stehen kommen sollen.⁶⁵ Mit dem neuen EnG hat der Gesetzgeber nun eine Akzentverschiebung zugunsten der Förderung erneuerbarer Energien und zulasten des Landschaftsschutzes vorgenommen.⁶⁶ Die Gerichts- und Verwaltungspraxis wird zeigen, ob die neuen Gesetzesbestimmungen auch tatsächlich zu einer Aufweichung des Natur- und Heimatschutzes führen werden.⁶⁷ Art. 12 Abs. 2 NHG stellt im Übrigen klar, dass in Biotopen von nationaler Bedeutung nach Art. 18a NHG und in Wasser- und Zugvogelreservaten nach Art. 11 JSG⁶⁸ neue Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ausgeschlossen sind.

B. Finanzielle Förderinstrumente

Erneuerbare Energien werden staatlicherseits auch durch finanzielle Anreize gefördert. Mit dem neuen EnG wurden diese Förderinstrumente auf eine neue Grundlage gestellt.⁶⁹ Das revidierte EnG enthält eine ganze Palette von finanziellen Förderinstrumenten, die teilweise neu sind, teilweise aber auch etablierte Instrumente in modifizierter Form fortzuschreiben.⁷⁰ Netzbetreiber haben zunächst einmal unter gewissen Voraussetzungen die Pflicht, in ihrem Netzgebiet Elektrizität aus erneuerbaren Energien abzunehmen und zu vergüten (Abnahme- und Vergütungspflicht; Art. 15 EnG). Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie, einen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen herbeizuführen.⁷¹ Ein weiteres Förderinstrument ist das Einspeisevergütungssystem (Art. 19-23 EnG), das im Rahmen der Totalrevision des EnG modifi-

⁶⁵ Vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7665; vgl. zur Gerichtspraxis eingehend PLÜSS, Interessenabwägung, passim; zur Interessenabwägung beim Bau von Windenergieanlagen (Windparkzone Schwyberg) vor Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes siehe WALDMANN, Windparkzone Schwyberg, S. 385 ff.

⁶⁶ GRIFFEL, Grundsätzlich gleichrangig = gleichrangig; Denkfehler erlaubt!, S. 161; vgl. auch WALDMANN, Windparkzone Schwyberg, S. 403 f.

⁶⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil VWBES.2017.280 (Projekt Windpark Grenchen) des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 17.09.2018, im Rahmen dessen die Beschwerden gegen das Projekt Windpark Grenchen abgewiesen werden. Das Verwaltungsgericht weist auf den Konflikt zwischen verschiedenen Interessen hin, die einer sorgfältigen Abwägung bedürfen. Es sei hervorzuheben, dass sich Volk und Stände klar für die Förderung erneuerbarer Energien ausgesprochen haben und es sich bei der Nutzung erneuerbarer Energien und deren Ausbau um ein nationales Interesse handle, das im konkreten Fall nach sorgfältiger Abwägung Vorrang genieße.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0).

⁶⁹ Vgl. zur historischen Entwicklung der Förderung erneuerbarer Energien HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 37 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 48 ff.

⁷¹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7667.

ziert worden ist und einen Wechsel von fixen Einspeisetarifen zu flexiblen Einspeiseprämien beinhaltet.⁷² Das System soll insbesondere ermöglichen, dass neue Technologien, wie zum Beispiel die Photovoltaik, marktfähig werden.⁷³ Es wird weiter unten eingehender behandelt (siehe Ziff. IV.). Daneben sieht das Gesetz eine Einmalvergütung für Photovoltaikanlagen und Investitionsbeiträge für Wasserkraft- und Biomasseanlagen vor, die nicht mehr am Einspeisevergütungssystem teilnehmen dürfen (Art 24-29 EnG).⁷⁴ Aufgrund der damals desolaten Lage der Wasserkraft hat das Parlament als besondere Unterstützungsmassnahme eine «Marktprämie» für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen gesetzlich verankert.⁷⁵ Die Betreiber von Grosswasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW können für die Elektrizität aus diesen Anlagen, die sie am Markt unter den Gestehungskosten verkaufen müssen, eine Marktprämie in Anspruch nehmen, soweit die Mittel reichen (Art. 35 und 36) (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 EnG). Die Marktprämie soll die nicht gedeckten Gestehungskosten ausgleichen, beträgt aber höchstens 1,0 Rappen/kWh (Art. 30 Abs. 1 Satz 2 EnG). Ausserdem wurden gesetzliche Grundlagen für weitere besondere Unterstützungsmassnahmen, wie wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen (Art. 32 EnG), Geothermie-Erkundungsbeiträge und Geothermie-Garantien (Art. 33 EnG) sowie Entschädigungen nach Gewässerschutz- und Fischereigesetzgebung (Art. 34 EnG), geschaffen. Die Fördermassnahmen werden wie bisher durch einen Zuschlag auf das Netznutzungsentgelt für das Übertragungsnetz finanziert (Art. 35-43 EnG). Der Netzzuschlag wird durch eine Tochtergesellschaft der Swissgrid («Vollzugsstelle») von den Netzbetreibern erhoben, die den Zuschlag auf die Endverbraucher überwälzen können (Art. 35 Abs. 1 EnG).⁷⁶ Die Pronovo AG als Vollzugsstelle wurde am 6. November 2017 im Handelsregister eingetragen. Grossverbraucher können den Netzzuschlag ganz oder teilweise zurückfordern, sofern sie im Gegenzug mit dem Bund Zielvereinbarungen zur Effizienzsteigerung abschliessen (Art. 39 ff. EnG).

Die Sinnhaftigkeit finanzieller Förderinstrumente, die durchaus angezweifelt wird, kann verschiedentlich gerechtfertigt werden. In diesem Zusammenhang wird unter anderem die Marktverzerrung zugunsten fossiler Energie angesprochen.⁷⁷ Da die Preise für CO₂-Emissionen im europäischen Emissionshandel die vermuteten Schäden nicht auszugleichen vermögen, können finanzielle Fördermittel für erneuerbare Energien, die zwar

⁷² Vgl. auch HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 50 ff.

⁷³ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁷⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7678 ff.; vgl. auch HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 52 f.

⁷⁵ HETTICH *et al.*, Strommarkt, S. 53.

⁷⁶ Der Netzzuschlag finanziert nicht nur die Fördergelder gemäss dem neuen EnG, sondern auch die Förderzusagen früherer Erlasse, wie beispielsweise die kostendeckende Einspeisevergütung und die Mehrkostenfinanzierung (Art. 35 Abs. 2 EnG).

⁷⁷ Vgl. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 3.

selbst den Markt beeinflussen, den bestehenden Marktverzerrungen entgegenwirken.⁷⁸ Zudem basieren viele erneuerbare Energien auf relativ neuen Technologien, bei denen im Laufe der Zeit beträchtliche Kostensenkungen möglich sind.⁷⁹ Um diesen Prozess zu beschleunigen, können Förderinstrumente dienlich sein, obschon die Kleinheit des Schweizer Markts den Spielraum erheblich einschränkt.⁸⁰

C. Weitere Förderinstrumente

Neben den raumplanungs- bzw. baurechtlichen und finanziellen Instrumenten sieht das Energiegesetz weitere Instrumente vor, die einen Bezug zur Förderung erneuerbarer Energien aufweisen können, namentlich in den Bereichen Information und Beratung (Art. 47 EnG), Aus- und Weiterbildung (Art. 48 EnG), Forschung, Entwicklung und Demonstration (Art. 49 EnG) sowie Energie- und Abwärmenutzung (Art. 50 EnG).⁸¹

IV. Einspeisevergütungssystem⁸²

Mit dem neuen EnG wurde das bestehende System der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) einer Revision unterzogen. Gemäss altem Recht, das auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt worden war, waren Netzbetreiber unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, in ihrem Netzgebiet von Neuanlagen, die sich am betreffenden Standort eignen, Energie aus erneuerbaren Energien abzunehmen und zu vergüten.⁸³ Bezweckt wurde die Erhöhung der jährlichen Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bis 2030 gegenüber dem Stand des Jahres 2000 um mindestens 5,4 TWh.⁸⁴ Mit dem am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen neuen Recht erfolgte der Umbau der bisherigen KEV zu einem Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung.⁸⁵ Die Vergütungssätze werden dahingehend verändert, dass sie nicht mehr kostendeckend sein sollen, sondern sich lediglich an den Gestehungskosten von Referenzanlagen orientieren.⁸⁶ Deshalb ist nicht mehr von der

⁷⁸ Vgl. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 3.

⁷⁹ Vgl. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 2.

⁸⁰ Vgl. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 3.

⁸¹ Vgl. zur Finanzierung dieser Massnahmen Art. 51-53 EnG.

⁸² Die nachfolgenden Ausführungen zum Einspeisevergütungssystem stützen sich im Wesentlichen auf STÖCKLI Andreas / MARXER Lukas, EnG-Kommentar, Art. 19, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band 3, Bern 2019 (im Erscheinen).

⁸³ Art. 7a des Energiegesetzes (EnG) vom 26. Juni 1998; vgl. zum System der KEV PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 125 ff.; HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 41 ff.

⁸⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7623.

⁸⁵ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

⁸⁶ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

kostendeckenden, sondern vielmehr von der kostenorientierten Einspeisevergütung die Rede. Es rechtfertigt sich daher, dieses reformierte Förderinstrument nachfolgend näher zu betrachten.

A. Allgemeines

1. Konzeption

Das Einspeisevergütungssystem ist ein Ausgleichssystem, das die Investitionssicherheit für Neuanlagen, mit denen Strom aus erneuerbaren Energien produziert wird, erhöhen soll.⁸⁷ Es soll gemäss Botschaft Investoren motivieren, mindestens während der Vergütungsdauer möglichst viel Energie zu produzieren und die Anlage in einem einwandfreien Zustand zu halten.⁸⁸ Zudem soll dieses System ermöglichen, dass neue Technologien, wie zum Beispiel die Photovoltaik, marktfähig werden.⁸⁹ Das Einspeisevergütungssystem wird mit dem Netzzuschlag finanziert (Art. 35 Abs. 2 EnG).⁹⁰ Die Mittel des Einspeisevergütungssystems zur Abgeltung der Differenz zwischen der garantierten Vergütung und dem Marktpreis sind durch einen Gesamtdedeckel begrenzt.⁹¹ Das Gesetz gibt zudem maximale Teildeckel je Technologie vor, damit die am schnellsten realisierbaren Technologien nicht übermässig viele Mittel abschöpfen.⁹² Mit dem neuen Einspeisevergütungssystem wird der Gesamtkostendeckel (Netzzuschlag) von 1,5 Rp./kWh auf 2,3 Rp./kWh erhöht (vgl. Art. 35 Abs. 3 EnG). Damit sollen für den Ausbau der erneuerbaren Energien mehr Mittel zur Verfügung stehen.⁹³ Die Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien können sich auch anstatt für das Einspeisevergütungssystem für den freien Ökostrommarkt entscheiden.⁹⁴ Sie erhalten dann keine Einspeisevergütung, können jedoch (parallel zum Verkauf der physikalischen Strommenge gegen eine Vergütung durch den jeweiligen Netzbetreiber) den ökologischen Mehrwert des Stroms selber vermarkten.⁹⁵

Die bisherige KEV wird zu einem Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung umgebaut.⁹⁶ Grundsätzlich sollen künftig die Anlagenbetreiber selber für den Absatz des

⁸⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁸⁸ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁸⁹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹⁰ Vgl. oben Ziff. III./B.

⁹¹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹² Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹³ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹⁵ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7624.

⁹⁶ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

Stroms verantwortlich sein (Art. 21 Abs. 1 EnG).⁹⁷ Sie sollen keine fixe Einspeisevergütung mehr erhalten, da diese keine Anreize bietet, zeitlich dann einzuspeisen, wenn der Strom auch benötigt wird.⁹⁸ In diesem Fall setzt sich die Einspeisevergütung aus dem am Markt erzielten Erlös und der Einspeiseprämie für die eingespeiste Elektrizität zusammen (Art. 21 Abs. 3 Satz 1 EnG). Damit wird eine bessere Marktintegration von Anlagen bezweckt, wobei vor allem steuerbare Anlagen im Fokus stehen.⁹⁹ Das neue System belohnt Produzenten, die ihre Elektrizität nachfrageorientiert einspeisen, da diese bei hohen (effektiven) Marktpreisen Mehrerlöse erzielen können bzw. bei tiefen Preisen Mindererlöse befürchten müssen.¹⁰⁰ Mit dem ausgehandelten Marktpreis und der Einspeiseprämie, welche die Betreiber für den ökologischen Mehrwert aus dem Netzzuschlagsfonds erhalten, sind die Anlagenbetreiber gemäss Botschaft finanziell nicht schlechter gestellt als in der klassischen KEV.¹⁰¹ Die Einspeiseprämie besteht in der Differenz zwischen dem Vergütungssatz und dem Referenz-Marktpreis (Art. 21 Abs. 4 EnG).¹⁰² Letzterer ist ein für einen bestimmten Zeitraum gemittelter Marktpreis (Art. 23 Abs. 1 EnG). Da er von einem zum anderen Mittelungszeitraum ändern kann, variiert entsprechend, das heisst über die Mittelungszeiträume hinweg und quasi stufenartig, auch die Einspeiseprämie.¹⁰³ Die Vergütungssätze werden optimiert.¹⁰⁴ Sie sind nicht mehr kostendeckend, sondern sollen sich lediglich an den Gestehungskosten von Referenzanlagen orientieren (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EnG). Als Faustregel sollen in der Regel 80 Prozent der Gestehungskosten nicht unterschritten werden.¹⁰⁵ Die Referenzanlagen entsprechen der jeweils effizientesten Technologie; diese muss langfristig wirtschaftlich sein (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EnG). In Ausnahmefällen kann der Vergütungssatz anhand anlagespezifischer Gestehungskosten bestimmt werden (vgl. Art. 22 Abs. 3 lit. b EnG).¹⁰⁶ Im Weiteren wird die Vergütungsdauer kürzer als sie bei der bisherigen Einspeisevergütung war.¹⁰⁷

Als Ausnahme vom Grundsatz der Direktvermarktung sieht Art. 21 Abs. 2 EnG vor, dass der Bundesrat für einzelne Anlagentypen, insbesondere für kleine Anlagen, vorsehen kann, dass deren Betreiber die Elektrizität nicht direkt vermarkten müssen, sondern sie zum Referenz-Marktpreis (vgl. Art. 23 EnG) einspeisen können, sofern der Aufwand der

⁹⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

⁹⁸ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

⁹⁹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹⁰⁰ HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 50.

¹⁰¹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹⁰² Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7673.

¹⁰³ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7674; vgl. auch Grafik 9 in derselben Fundstelle.

¹⁰⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹⁰⁵ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7675.

¹⁰⁶ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625 f.

¹⁰⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7626.

Betreiber für die Direktvermarktung unverhältnismässig gross wäre. Diesfalls setzt sich die Einspeisevergütung aus dem Referenz-Marktpreis (vgl. Art. 23 EnG) und der Einspeiseprämie (vgl. Art. 21 Abs. 4 EnG) zusammen (Art. 21 Abs. 3 EnG). Der Bundesrat hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und Betreiber von Anlagen mit einer Leistung von weniger als 100 kW von der Pflicht zur Direktvermarktung ausgenommen (Art. 14 Abs. 1 EnFV¹⁰⁸).

Nur noch Anlagen, die nach dem 1. Januar 2013 erstmals in Betrieb genommen worden sind, können am Einspeisevergütungssystem teilnehmen.¹⁰⁹ Erhebliche Erneuerungen oder Erweiterungen bestehender Anlagen berechtigen nicht mehr zur Teilnahme.¹¹⁰ Kleine Wasserkraftwerke mit einer Leistung von weniger als 1 MW werden künftig grundsätzlich nicht mehr gefördert.¹¹¹ Dadurch kann die Anzahl Kleinstwasserkraftwerke mit tendenziell schlechterem Verhältnis zwischen Energieertrag und Umweltauswirkung deutlich reduziert und die Fördereffizienz (Franken/kWh) erhöht werden.¹¹²

2. Rechtliche Qualifikation

Die Einspeisevergütung ist als Subvention zu qualifizieren, da mit ihr der überwiegende Teil der Mehrkosten, die bei der Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien entstehen, von einem staatlich beauftragten Unternehmen vergütet wird.¹¹³ Für den Vollzug im Bereich des Einspeisevergütungssystems ist die Pronovo AG als Vollzugsstelle zuständig (Art. 63 Abs. 1 lit. a EnG). Sie ist die Tochtergesellschaft der nationalen Netzgesellschaft, an der diese sämtliche Anteile hält (Art. 64 Abs. 1 Satz 1 EnG). Zudem besteht nach Art. 89 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG auch ein öffentliches Interesse an der verstärkten Nutzung sowie Produktion von Strom aus erneuerbaren Energien.¹¹⁴ Die Mittel des Netzzuschlagsfonds stammen aus einer zweckgebundenen öffentlichen Abgabe und sind damit dem Staat zurechenbar.¹¹⁵ Damit kann die Einspeisevergütung als Subvention angesehen werden.¹¹⁶ Die Subvention ist als Finanzhilfe ausgestaltet, weil die Geldleistungen einerseits an einen Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung ausgerichtet werden und andererseits die Produktion von Strom aus

¹⁰⁸ Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV) vom 1. November 2017 (SR 730.03).

¹⁰⁹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹¹⁰ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹¹¹ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹¹² Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹¹³ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 152; vgl. auch Art. 22 EnG; Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7675.

¹¹⁴ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 152.

¹¹⁵ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 153; HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen KEV, S. 150 ff. und 164 f.

¹¹⁶ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 153; HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen KEV, S. 162 ff.

erneuerbaren Energien durch die Produzenten freiwillig stattfindet (vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG¹¹⁷).¹¹⁸

3. Zulässigkeit nach internationalem Wirtschaftsrecht

Das Einspeisevergütungssystem kann zudem als Subvention im Sinne des WTO-Subventionsabkommens (ASCM)¹¹⁹ eingestuft werden, auch wenn die finanziellen Ressourcen nicht aus dem Staatshaushalt fliessen.¹²⁰ Mit der Einspeisevergütung ist der Grundsatz der Inländergleichbehandlung gemäss Art. III Abs. 4 GATT¹²¹ tangiert, da ausländischer Strom keine Einspeisevergütung in der Schweiz erhält, wodurch seine Wettbewerbsposition beeinträchtigt wird.¹²² Gerechtfertigt werden kann dies damit, dass die Einspeisevergütung ein geeignetes, erforderliches und zumutbares Mittel zum Schutz der Umwelt, der Gesundheit des Menschen, von Tieren und Pflanzen sowie erschöpfbarer Naturschätze im Sinne von Art. XX lit. b und g GATT darstellt.¹²³ Die Subventionierung einheimischer erneuerbarer Elektrizität kann sich in einer faktischen Verdrängung oder Verhinderung ausländischer Ökostromimporte auswirken und ist somit geeignet, eine ernsthafte Schädigung im Sinne von Art. 6.3 lit. a ASCM herbeizuführen, für die nach dem derzeitigen WTO-Recht keine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht.¹²⁴ Gemäss PINELLI ist es deshalb sehr wahrscheinlich, dass die Einspeisevergütung eine anfechtbare Subvention im Sinne des III. Teils des ASCM darstellt.¹²⁵

Es stellt sich ebenfalls die Frage der Zulässigkeit des Einspeisevergütungssystems gemäss dem bilateralen Recht zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, wobei das Freihandelsabkommen (FHA)¹²⁶ aus dem Jahr 1972 im Vordergrund steht.¹²⁷ Der Import von Strom wird zwar durch das Einspeisevergütungssystem nicht beschränkt. Ausländischer Strom erhält in der Schweiz jedoch keine Einspeisevergütung, was dessen Absatz in der Schweiz erschwert. Dies kann ähnliche Auswirkungen haben wie eine

¹¹⁷ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1).

¹¹⁸ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 152; HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen KEV, S. 163 f.

¹¹⁹ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SR 0.632.20 Anhang 1A.13).

¹²⁰ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 159 f. m.w.H.

¹²¹ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) vom 30. Oktober 1947 (SR 0.632.21).

¹²² PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 161.

¹²³ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 161 f.

¹²⁴ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 162.

¹²⁵ PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 162.

¹²⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

¹²⁷ Vgl. auch PIRKER, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts, S. 510 f.

mengenmässige Einfuhrbeschränkung.¹²⁸ Eine Rechtfertigung gemäss Art. 20 FHA ist allerdings denkbar.¹²⁹ Insbesondere ist das Einspeisevergütungssystem als verhältnismässiges Mittel zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien anzusehen.¹³⁰ Die europarechtlichen Vorgaben in Bezug auf erneuerbare Energien finden derzeit in der Schweiz keine unmittelbare Anwendung.¹³¹ In Zukunft könnte sich die Anwendung unionsrechtlicher Bestimmungen allerdings aus einem Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU ergeben.¹³² Ein Fortschritt in diesem Bereich ist vor allem abhängig von einer Lösung im Bereich der institutionellen Fragen. Inhaltlich soll ein solches Abkommen für das schweizerische Recht Anpassungen an das dritte Energiebinnenmarktpaket der EU umfassen.¹³³

4. Zeitliche Geltung und intertemporale Aspekte

Das Einspeisevergütungssystem weist eine zeitlich begrenzte Laufzeit auf. Neue Verpflichtungen im Einspeisevergütungssystem werden nicht mehr eingegangen spätestens ab dem 1. Januar des sechsten Jahres nach Inkrafttreten des Energiegesetzes (Art. 38 Abs. 1 lit. a EnG). Verpflichtungen können demnach spätestens bis zum 31. Dezember 2022 eingegangen werden. Dies hat allerdings nicht zur Folge, dass die Regelungen zur Einspeisevergütung ab diesem Datum keine Gültigkeit mehr haben, da bereits eingegangene Verpflichtungen weiterhin erfüllt werden müssen. Einspeisevergütungen sind für einen Zeitraum von mindestens 15 Jahren vorgesehen (vgl. Anhänge 1.1-1.5 EnFV).

Da das Einspeisevergütungssystem mit dem neuen EnG Änderungen erfahren hat, wurden Übergangsbestimmungen erforderlich (vgl. Art. 72 EnG). Gegebenenfalls entfaltet das alte Recht weiterhin Rechtswirkungen. Je nach Konstellation gilt jedoch das neue Recht. Je weiter ein Projekt bereits fortgeschritten war, umso gewichtiger sind die Gründe, die für die Anwendung des alten Rechts sprechen. So erstaunt es nicht, dass Betreibern von Anlagen, die beim Inkrafttreten des EnG am 1. Januar 2018 bereits eine Vergütung nach bisherigem Recht erhalten, diese ihnen weiterhin zusteht (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 EnG). Für den laufenden Betrieb gilt jedoch das neue Recht, wobei der Bundesrat abweichende Regelungen vorsehen kann (Art. 72 Abs. 1 Satz 2 EnG). Für den laufenden Betrieb gelten somit beispielsweise die jeweils aktuellen Mindestanforderungen oder die

¹²⁸ Vgl. zum Begriff der Massnahme gleicher Wirkung BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, Die Europäische Union, § 11 Rn. 35 ff.

¹²⁹ Vgl. zur Rechtfertigung BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, Die Europäische Union, § 11 Rn. 50 ff.

¹³⁰ Vgl. PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 168 f.

¹³¹ Vgl. dazu eingehend PIRKER, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts, S. 492 ff.

¹³² PIRKER, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts, S. 511; vgl. auch PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 101 f.

¹³³ PIRKER, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts, S. 511.

Regeln zu einem allfälligen Austritt aus dem System (Art. 19 Abs. 7 lit. e EnG).¹³⁴ Weitere Übergangsbestimmungen sind in den Art. 102 ff. und in den Anhängen der Energieförderungsverordnung (EnFV) enthalten.¹³⁵

Streitigkeiten, die aus Verfahren entstanden sind, bei denen die Zuständigkeitsordnung nach altem Recht galt, beurteilt die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom), sofern sie nach der bisherigen Ordnung zuständig war (Art. 74 Abs. 5 EnG). Betroffen von dieser Bestimmung sind Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf den Übertragungskosten.¹³⁶ Davon erfasst sind unter anderem auch Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien gemäss Art. 7a des alten Energiegesetzes. Somit entscheidet die ElCom auch heute noch über Streitigkeiten hinsichtlich des bisherigen Systems der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV).

B. Teilnahmevoraussetzungen

Am Einspeisevergütungssystem können die Betreiber von Neuanlagen teilnehmen, die sich für den entsprechenden Standort eignen und Energie aus bestimmten erneuerbaren Energiequellen erzeugen (Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie oder Biomasse) (Art. 19 Abs. 1 EnG). Eine Teilnahme ist nur möglich, soweit die Mittel reichen (Art. 19 Abs. 2 EnG) und keine Ausnahme nach Art. 19 Abs. 4 EnG vorliegt. Zudem sind allgemeine Anforderungen gemäss Art. 11-13 EnFV zu beachten. Die Voraussetzungen zur Teilnahme am Einspeisevergütungssystem gelangen kumulativ zur Anwendung. Nachfolgend einige Konkretisierungen:

- Als *Neuanlagen* gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2013 in Betrieb genommen wurden (Art. 19 Abs. 3 EnG). Anlagen, die bloss erheblich erweitert oder erneuert werden, sind, entgegen altem Recht, Neuanlagen nicht mehr gleichgestellt.¹³⁷
- Die betreffenden Anlagen müssen sich für den *Standort eignen* (Art. 19 Abs. 1 EnG). In der Botschaft finden sich bei den Ausführungen zu Art. 19 EnG keine Hinweise, was mit Standorteignung gemeint ist.¹³⁸ Selbiges gilt für die Ausführungserlasse zum Energiegesetz. An anderen Stellen im Energiegesetz wird eben-

¹³⁴ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7696.

¹³⁵ Siehe Anhang 1.1 Ziff. 6, Anhang 1.2 Ziff. 5, Anhang 1.3 Ziff. 6, Anhang 1.4 Ziff. 7, Anhang 1.5 Ziff. 9 EnFV.

¹³⁶ Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG vom 26. Juni 1998; siehe Art. 62 Abs. 3 EnG zu den Zuständigkeiten der ElCom nach aktuellem Recht.

¹³⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7625.

¹³⁸ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7671 ff.

falls an die Standorteignung angeknüpft.¹³⁹ Gemäss Botschaft kann mit Standorteignung nach Art. 9 Abs. 3 E-EnG (Art. 8 Abs. 3 EnG) einerseits die Rücksichtnahme auf natur-, heimat-, denkmalschützerische oder ähnliche Anliegen bedeuten, andererseits aber auch eine energetisch sinnvolle Standortwahl, etwa so, dass Wärme, die produziert wird, möglichst vollumfänglich genutzt werden kann, zum Beispiel durch die Nähe zu Abnehmern der anfallenden Wärme.¹⁴⁰ Diese Umschreibung kann für die Bestimmung der Standorteignung nach Art. 19 Abs. 1 EnG herangezogen werden. Dies bedeutet, dass eine Anlage, die eine Einspeisevergütung beanspruchen will, auch die raumplanungs-, bau- und umweltrechtlichen Vorgaben erfüllen sollte.¹⁴¹ Die Voraussetzung der Standorteignung ist grundsätzlich bereits im Rahmen der Verfügung über die Zusicherung dem Grundsatz nach zu prüfen, wobei diese Verfügung für die für das Projekt erforderlichen Bewilligungs- und Konzessionsverfahren keine präjudizielle Wirkung hat (Art. 22 Abs. 2 EnFV). Der Entscheid über die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem erfolgt nach Inbetriebnahme der Anlage (Art. 24 EnFV), was die entsprechenden Bewilligungen und Konzessionen voraussetzt.¹⁴²

- Eine Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ist nur möglich, *soweit die Mittel reichen* (Art. 19 Abs. 2 EnG). Die Mittel stammen aus dem Netzzuschlag. Art. 19 Abs. 2 EnG verweist diesbezüglich auf Art. 35 f. EnG. Die Vollzugsstelle gemäss Art. 64 erhebt von den Netzbetreibern einen Zuschlag auf dem Netznutzungsentgelt für das Übertragungsnetz (Netzzuschlag), den die Netzbetreiber auf die Endverbraucherinnen und Endverbraucher überwälzen können (Art. 35 Abs. 1 EnG).
- Eine Teilnahme ist nur möglich, wenn *keine Ausnahme* nach Art. 19 Abs. 4 EnG vorliegt. Es gibt Ausnahmen, die eine bestimmte Art der Energiegewinnung betreffen (vgl. Art. 19 Abs. 4 lit. c-e EnG). Andere Ausnahmen betreffen lediglich die Produktionsmenge bestimmter Arten der Energiegewinnung (Art. 19 Abs. 4 lit. a-b EnG). Gegenausnahmen und Konkretisierungen sind in Art. 19 Abs. 5 f. EnG vorgesehen.
- Der Bundesrat regelt *energetische, ökologische und andere Mindestanforderungen* für die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem (Art. 19 Abs. 7 lit. c EnG). Die Kompetenz, Mindestanforderungen aufzustellen, schliesst die Befugnis ein, die Fol-

¹³⁹ Es handelt sich um die raumplanungsrechtlichen Bestimmungen betreffend den Ausbau erneuerbarer Energien.

¹⁴⁰ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7661; vgl. zum alten Recht PINELLI, Erneuerbare Energien, S. 128 ff.

¹⁴¹ Vgl. auch BGE 140 II 262 E. 8.4.1.

¹⁴² Die für die Erstellung der Anlage erforderlichen Bewilligungen und Konzessionen sind im Rahmen der Projektfortschrittmeldungen vorzuweisen (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.2, Anhang 1.3 Ziff. 5.3, Anhang 1.4 Ziff. 6.2, Anhang 1.5 Ziff. 8.2 EnFV).

gen bei Nichteinhaltung zu regeln.¹⁴³ Die Mindestanforderungen sind in den Anhängen 1.1-1.5 festgelegt (Art. 17 Abs. 1 EnFV).

Für den Zeitraum, während dem die Anspruchsvoraussetzungen oder Mindestanforderungen nicht oder nicht mehr eingehalten werden, besteht kein Anspruch auf die Einspeiseprämie (Art. 29 Abs. 1 Satz 1 EnFV). Werden Anspruchsvoraussetzungen oder Mindestanforderungen wieder eingehalten, besteht ab diesem Zeitpunkt wieder Anspruch auf die Einspeiseprämie (Art. 29 Abs. 2 Satz 1 EnFV). Die Vollzugsstelle verfügt nach Art. 30 Abs. 1 EnFV den Ausschluss eines Betreibers aus dem Einspeisevergütungssystem, wenn Anspruchsvoraussetzungen oder Mindestanforderungen (lit. a) wiederholt nicht eingehalten werden und die Einspeiseprämie deswegen in drei Kalenderjahren in Folge nicht ausbezahlt wurde (Art. 29 Abs. 1 EnFV) oder (lit. b) nach Ablauf der Frist nach Art. 29 Abs. 3 EnFV nicht während eines ganzen Kalenderjahres eingehalten worden sind (Art. 30 Abs. 1 EnFV). Ein Austritt aus dem Einspeisevergütungssystem ist unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf ein Quartalsende jederzeit möglich (Art. 30 Abs. 2 EnFV). Eine erneute Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ist nach einem Ausschluss oder einem Austritt ausgeschlossen (Art. 30 Abs. 3 EnFV).

C. Verfahren und Rechtsschutz

1. Anwendbares Verfahrensrecht

Da es sich beim Verfahren um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem um ein Verfahren in Verwaltungssachen handelt, das durch eine Bundesverwaltungsbehörde (Vollzugsstelle) zu erledigen ist (Art. 1 VwVG) und keine Ausnahme vom Geltungsbereich (Art. 2 f. VwVG) gegeben ist, findet das VwVG¹⁴⁴ Anwendung. Allerdings hat der Bundesrat gestützt auf Art. 19 Abs. 7 lit. a EnG das Verfahren insbesondere in Art. 18 ff. EnFV näher geregelt. Diese Vorschriften finden ebenfalls Anwendung und konkretisieren die Bestimmungen des VwVG.

2. Zuständigkeiten

Zuständig für die Durchführung des Antragsverfahrens ist die Vollzugsstelle gemäss Art. 64 EnG (Art. 63 Abs. 1 lit. b und c EnG). Die Verfügungskompetenz wird der Vollzugsstelle in Art. 63 Abs. 2 EnG eingeräumt.

¹⁴³ Botschaft Energiestrategie 2050, S. 7672; vgl. auch Art. 19 Abs. 7 lit. d EnG.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021). Die Pronovo AG als Vollzugsstelle ist als Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG zu qualifizieren.

3. Gesuch

Das Verfahren wird durch Gesuch eröffnet. Das Gesuch um Teilnahme ist bei der Vollzugsstelle einzureichen (Art. 21 Abs. 1 EnFV). In den Anhängen 1.1-1.5 wird für jede Technologie festgelegt, welche Angaben und Unterlagen das Gesuch zu enthalten hat (Art. 21 Abs. 2 EnFV).¹⁴⁵

4. Reihenfolge der Berücksichtigung

Massgebend für die Berücksichtigung eines Gesuchs um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ist das Einreichdatum (Art. 18 Abs. 1 EnFV).¹⁴⁶ Bei mehreren Gesuchen an einem Tag werden die Projekte mit der grössten Leistung vorab berücksichtigt (Art. 18 Abs. 2 EnFV).¹⁴⁷

5. Warteliste

Sofern die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds (Art. 37 EnG) nicht für eine sofortige Berücksichtigung aller Gesuche ausreichen, werden die Projekte in eine Warteliste aufgenommen, es sei denn, sie erfüllen die Anspruchsvoraussetzungen offensichtlich nicht (Art. 19 Abs. 1 EnFV).¹⁴⁸ Die Aufnahme in die Warteliste gibt einem Anlagenbetreiber keinerlei Anspruch auf die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem.¹⁴⁹ Wenn ein Anlagenbetreiber seine Anlage, die auf einer Warteliste eingetragen ist, realisiert, tut er dies auf eigenes Risiko.¹⁵⁰ Gemäss Erläuterungen zur EnFV kann die bestehende Warteliste aufgrund der beschränkten Mittel und des Auslaufens des Einspeisevergütungssystems Ende 2022 trotz der Anhebung des Netzzuschlags auf 2,3 Rp./kWh nicht vollständig abgebaut werden.¹⁵¹

6. Zusicherung dem Grundsatz nach

Sind die Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich erfüllt und stehen genügend Mittel zur Verfügung, so sichert die Vollzugsstelle die Teilnahme der Anlage am Einspeisevergütungssystem mit einer Verfügung dem Grundsatz nach zu (Art. 22 Abs. 1 EnFV). Diese Zusicherung dem Grundsatz nach entspricht dem früheren positiven Bescheid

¹⁴⁵ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁴⁶ Erläuterungen EnFV, S. 10.

¹⁴⁷ Erläuterungen EnFV, S. 10.

¹⁴⁸ Erläuterungen EnFV, S. 10.

¹⁴⁹ Erläuterungen EnFV, S. 10.

¹⁵⁰ Erläuterungen EnFV, S. 10.

¹⁵¹ Erläuterungen EnFV, S. 10.

(Art. 3g Abs. 3 aEnV).¹⁵² Er soll dem Anlagenbetreiber Investitionssicherheit bieten, indem ihm die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem für den Fall zugesichert wird, dass im späteren Zeitpunkt der Inbetriebnahme sämtliche Anforderungen erfüllt werden.¹⁵³ Die Zusicherung dem Grundsatz nach stellt demnach eine materielle Zwischenverfügung dar. Als solche gelten Verfügungen, die vorweg eine rechtliche Teilfrage beantworten, ohne bereits materielle Rechte oder Pflichten anzuordnen.¹⁵⁴ Die Verfügung gemäss Art. 22 Abs. 1 EnFV hat wie der positive Bescheid für die für das Projekt erforderlichen Bewilligungs- und Konzessionierungsverfahren keine präjudizielle Wirkung (Art. 22 Abs. 2 EnFV).¹⁵⁵ Aus Art. 24 Abs. 2 EnFV geht im Übrigen hervor, dass die Zusicherung dem Grundsatz nach keine Voraussetzung für die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ist.

7. Projektfortschritte, Inbetriebnahme und Meldepflichten

Die gesuchstellende Person muss nach Erhalt der Verfügung nach Art. 22 EnFV fristgerecht Projektfortschritte erzielen sowie die Anlage in Betrieb nehmen (Art. 23 Abs. 1 EnFV). Damit soll sichergestellt werden, dass Projekte, denen die Einspeisevergütung dem Grundsatz nach zugesichert wurde, zügig realisiert werden und die für sie reservierten Mittel nicht unnötig lange blockiert bleiben.¹⁵⁶ Die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme sowie die dafür geltenden Fristen sind in den Anhängen 1.1-1.5 festgelegt (Art. 23 Abs. 2 EnFV). Kann die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme aus anderen Gründen, für die sie nicht einzustehen hat, nicht einhalten, so kann die Vollzugsstelle diese auf Gesuch hin um maximal die Dauer der vorgesehenen Frist verlängern (Art. 23 Abs. 3 Satz 1 EnFV). Das Gesuch ist vor Ablauf der jeweiligen Frist schriftlich einzureichen (Art. 23 Abs. 3 Satz 2 EnFV). Die gesuchstellende Person hat die erreichten Projektfortschritte jeweils innert zwei Wochen schriftlich zu melden (Art. 23 Abs. 4 EnFV). Sie muss die vollständige Inbetriebnahmemeldung spätestens einen Monat nach der Inbetriebnahme einreichen (Art 23 Abs. 5 Satz 1 EnFV). Hält sie diese Frist nicht ein, so hat sie bis zum Nachreichen der Meldung keinen Anspruch auf Entrichtung der Einspeiseprämie (Art. 23 Abs. 5 Satz 2 EnFV). In einem solchen Fall erhält die gesuchstellende Person nur den Referenz-Marktpreis.¹⁵⁷

¹⁵² Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁵³ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁵⁴ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rn. 452; BGE 134 II 137 E. 1.3.2.

¹⁵⁵ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁵⁶ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁵⁷ Erläuterungen EnFV, S. 11.

8. Entscheid

Erfüllt die Anlage auch nach der Inbetriebnahme die Anspruchsvoraussetzungen, so verfügt die Vollzugsstelle den Eintritt ins Einspeisevergütungssystem (lit. a), ob die Anlage in der Direktvermarktung ist oder mit dem Referenz-Marktpreis vergütet wird (lit. b) und die Höhe des Vergütungssatzes (lit. c) (Art. 24 Abs. 1 EnFV). Hat die gesuchstellende Person ihre Anlage, für die Mittel zur Verfügung stehen, in Betrieb genommen, bevor ihr die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem dem Grundsatz nach zugesichert wurde, so erlässt die Vollzugsstelle direkt eine Verfügung nach Art. 24 Abs. 1 EnFV, wenn die betreffende Person die vollständige Inbetriebnahmemeldung eingereicht hat (Art. 24 Abs. 2 EnFV). Eine Zusicherung dem Grundsatz nach ist demzufolge keine Voraussetzung für die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem.¹⁵⁸

Wie unter altem Recht widerruft die Vollzugsstelle die Zusicherung nach Art. 22 EnFV und weist das Gesuch um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ab, wenn die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind (lit. a), die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte oder die Inbetriebnahme nicht einhält (lit. b) oder der Standort der Anlage nicht dem im Gesuch angegebenen entspricht (lit. c) (Art. 24 Abs. 3 EnFV).¹⁵⁹ Ob der effektive Standort einer Anlage vom Standort gemäss Anmeldung abweicht, ist je nach Technologie unterschiedlich zu definieren und einzelfallweise zu beurteilen.¹⁶⁰

9. Rechtsschutz

Bei der Vollzugsstelle kann gegen deren Verfügungen betreffend das Einspeisevergütungssystem (Art. 19 EnG) sowie die Einspeisevergütung nach altem Recht innert 30 Tagen nach Eröffnung Einsprache erhoben werden (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 EnG). Das Einspracheverfahren ist in der Regel kostenlos (Art. 66 Abs. 1 Satz 2 EnG). Parteischädigungen werden nicht ausgerichtet; in stossenden Fällen kann davon abgewichen werden (Art. 66 Abs. 1 Satz 3 EnG). Ergänzend gelangen die Bestimmungen des VwVG zur Anwendung.¹⁶¹

Einspracheentscheide der Vollzugsstelle gemäss Art. 66 Abs. 1 EnG können nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 66 Abs. 2 EnG). Da es sich bei der Zusicherung dem Grundsatz nach um eine materielle Zwischenverfügung handelt, ist sie unter den Voraussetzungen von Art. 37 VGG i.V.m. Art. 46 VwVG beim Bundesverwaltungsgericht an-

¹⁵⁸ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁵⁹ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁶⁰ Erläuterungen EnFV, S. 11.

¹⁶¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rn. 1974.

fechtbar. Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in letzter Instanz das Bundesgericht angerufen werden (Art. 82 ff. BGG).

V. Ausblick

Die finanziellen Förderinstrumente nach dem neuen Energiegesetz weisen eine zeitlich begrenzte Laufzeit auf. So können beispielsweise neue Verpflichtungen im Rahmen des Einspeisevergütungssystems spätestens bis zum 31. Dezember 2022 und solche für Einmalvergütungen nach Art. 25 sowie Investitionsbeiträge nach Art. 26 und 27 EnG spätestens bis zum 31. Dezember 2030 eingegangen werden (vgl. Art. 38 EnG). Es stellt sich deshalb die Frage, mit welchen Massnahmen in Zukunft auf das Gelingen der Energiestrategie 2050 und das Erreichen der Richtwerte nach Art. 2 und 3 EnG hingewirkt wird, zumal nicht davon auszugehen ist, dass Marktmechanismen alleine die «Energiewende» herbeiführen werden.¹⁶²

In einem zweiten Massnahmenpaket zur Energiestrategie 2050 beabsichtigte der Bundesrat die schrittweise Ablösung der heutigen Förderinstrumente durch ein «Klima- und Energielenkungssystem» (KELS); dieses sollte in erster Linie (im Sinne von reinen Lenkungsabgaben) auf Klima- und Stromabgaben beruhen.¹⁶³ Das KELS ist im Jahr 2017 im Parlament gescheitert.¹⁶⁴ Ungeachtet des KELS wurde im Rahmen der Totalrevision des EnG ein Auftrag an den Bundesrat beschlossen, bis 2019 einen Erlasentwurf für die Einführung eines «marktnahen Modells» bis spätestens zum Zeitpunkt des Auslaufens der Unterstützungen für das Einspeisevergütungssystem zu unterbreiten (Art. 30 Abs. 5 EnG). Das Bundesamt für Energie publizierte im Dezember 2016 einen Bericht mit dem Titel «Auslegeordnung Strommarkt nach 2020»¹⁶⁵, der Grundlage für die Diskussion über das künftige «Strommarktdesign» bilden soll, wobei er auch Fragen der langfristigen Versorgungssicherheit einbezieht. In diesem Bericht werden verschiedene Massnahmen diskutiert, wie die differenzierte Stromabgabe («Dreckstromabgabe»), Quotenmodelle mit oder ohne Einbezug von Anlagen, Auktionen (Ausschreibungen)

¹⁶² Sie können aber das Gelingen der Energiewende begünstigen, so z.B. wenn aufgrund möglicher Preissteigerungen bei fossilen Brennstoffen und der technologischen Entwicklung Energie aus erneuerbaren Quellen zunehmend gefragt ist. Vgl. hierzu SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 5.

¹⁶³ Botschaft KELS, S. 7877 ff.

¹⁶⁴ National- und Ständerat sind am 8. März 2017 bzw. am 12. Juni 2017 auf die Vorlage nicht eingetreten.

¹⁶⁵ Vgl. Bundesamt für Energie, Auslegeordnung Strommarkt nach 2020, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).

sowie verschiedene Instrumente zum Erhalt und Ausbau von Kraftwerkskapazitäten (Marktprämienmodell, Abgeltung für strategische Speicherreserven, Kapazitätsmechanismen).¹⁶⁶ Im September 2019 hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, parallel zu den Arbeiten im Rahmen der Teilrevision des StromVG eine Vorlage zur Revision des EnG vorzulegen, um hinsichtlich der künftigen Fördermassnahmen Planungssicherheit zu schaffen.¹⁶⁷

Die «schwierige» Suche nach den geeigneten Förderinstrumenten bewegt sich in einem Spannungsfeld zwischen Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit und Versorgungssicherheit.¹⁶⁸ Der Ausbau von erneuerbaren Energien kann Konflikte mit anderen gewichtigen öffentlichen Interessen (z.B. Landschafts- oder Gewässerschutz) hervorrufen, weshalb der Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden angehalten sind, diese teilweise divergierenden Interessen einem sachgerechten Ausgleich zuzuführen. Die Energiestrategie 2050 ist weiter kein in sich geschlossenes Gesamtwerk und überdies in ein umfassenderes energiepolitisches Rechtsetzungsprogramm (beispielhaft seien genannt die Netzentgeltregulierung, der Ausbau der Stromnetze, die Versorgungssicherheit, die vollständige Strommarktöffnung, der Wasserzins, Massnahmen des Klimaschutzes sowie das Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU), das massgeblichen Einfluss auf die Akteure der Energiewirtschaft zeitigen wird, einzubetten. Freilich sind bei der Ausgestaltung neuer Förderinstrumente die Rahmenbedingungen des Völker- und Verfassungsrechts zu beachten, die allerdings einen gewissen Spielraum belassen.¹⁶⁹ Mit Blick auf ein allfälliges künftiges Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU ist es überdies ratsam, auf eine Vereinbarkeit mit dem EU-Recht hinzuwirken. Im Übrigen hängt das Gelingen der «Energiewende» etwa auch von Massnahmen ab, die in die Zuständigkeit der Kantone fallen, wobei entsprechende Vorhaben in jüngster Zeit auf Widerstand in der Stimmbevölkerung stossen.¹⁷⁰ Die kommenden Jahre werden zeigen, ob es gelingt, die ambitionierten Ziele der Energiestrategie 2050 umzusetzen, wobei freilich

¹⁶⁶ Eine Analyse verschiedener Fördersysteme aus ökonomischer und rechtlicher Sicht findet sich auch bei HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 59 ff., sowie bei SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?, S. 7 ff.

¹⁶⁷ Bundesrat, Medienmitteilung vom 27.09.2019, Strommarktöffnung.

¹⁶⁸ Vgl. HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, passim.

¹⁶⁹ Vgl. dazu eingehend HETTICH *et al.*, Strommarkt 2023, S. 107 ff.

¹⁷⁰ Am 10. Februar 2019 lehnte das Stimmvolk des Kantons Bern mit 50,6 % eine Änderung des kantonalen Energiegesetzes ab. Das Gesetz sollte den Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich (MuKE 2014) angepasst werden. Kontrovers diskutiert wurde die Vorschrift der Abstimmungsvorlage, dass Gas- und Ölheizungen in bestehenden Wohnbauten nach Möglichkeit durch Heizungen ersetzt werden, die mit erneuerbaren Energien betrieben werden; vgl. IFF, Newsletter Kantonale Volksabstimmungen vom 10. Februar 2019 – Die Ergebnisse, S. 4, www3.unifr.ch (besucht am 16.06.2019). Ebenfalls abgelehnt wurden Revisionen der kantonalen Energiegesetze in den Kantonen Solothurn und Uri; vgl. auch NZZ Nr. 34 vom 11.02.2019, S. 13 («Die Energiewende kommt ins Stocken»).

erhebliche Anstrengungen von sämtlichen involvierten Akteuren erforderlich sein werden.

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV).
- BIEBER Roland / EPINEY Astrid / HAAG Marcel / KOTZUR Markus, *Die Europäische Union*, 13. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit. BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, Die Europäische Union).
- Botschaft vom 21. August 1996 zum Energiegesetz (EnG), BBl 1996 IV 1005 (zit. Botschaft Energiegesetz 1996).
- Botschaft vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)», BBl 2013 7561 (zit. Botschaft Energiestrategie 2050).
- Botschaft vom 28. Oktober 2015 zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem, BBl 2015 7877 (zit. Botschaft KELLS).
- Botschaft vom 31. Oktober 2018 zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes, BBl 2018 7443 (zit. Botschaft 2. Etappe RPG).
- Bundesamt für Energie, *Auslegeordnung Strommarkt nach 2020 – Kurzbericht zu weitergehenden Massnahmen für bestehende Kraftwerke und erneuerbare Energien*, Bern, Januar 2017, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019) (zit. BFE, Auslegeordnung Strommarkt nach 2020).
- Bundesamt für Energie, *Energiestrategie 2050: Chronologie*, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019) (zit. BFE, Energiestrategie 2050: Chronologie).
- Bundesamt für Energie, *Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2017*, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019).
- Bundesamt für Raumentwicklung, *Konzept Windenergie – Basis zur Berücksichtigung der Bundesinteressen bei der Planung von Windenergieanlagen*, Bern, Juni 2017, www.are.admin.ch (besucht am 16.06.2019) (zit. ARE, Konzept Windenergie).
- Bundesamt für Raumentwicklung, *Medienmitteilung vom 21.05.2019 «Bund gibt angepasstes Konzept Windenergie in Anhörung»*, www.are.admin.ch (besucht am 16.06.2019) (zit. ARE, Medienmitteilung vom 21.05.2019, Konzept Windenergie in Anhörung).
- Bundesrat, *Medienmitteilung vom 27.09.2019 «Bundesrat bekräftigt vollständige Öffnung des Strommarktes»*, www.admin.ch (besucht am 08.10.2019) (zit. Bundesrat, Medienmitteilung vom 27.09.2019, Strommarktöffnung).
- Competence Center for Research in Energy, Society and Transition (SCCER CREST), *Was kommt nach der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV): Fördern, Lenken, Abwarten?*, White Paper 3 – Januar/2017 (zit. SCCER CREST, Was kommt nach der KEV?).
- Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, *Medienmitteilung vom 23.03.2011 «Bundesrat lässt Grundlagen für Energiepolitik nach Fukushima überprüfen»*, www.bfe.admin.ch (besucht am 16.06.2019) (zit. UVEK, Medienmitteilung vom 23.03.2011, Bundesrat lässt Grundlagen für Energiepolitik nach Fukushima überprüfen).

- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. AUTOR/-IN, SGK BV).
- GRIFFEL Alain, Grundsätzlich gleichrangig = gleichrangig; Denkfehler erlaubt!, *ZBl* 119/2018, S. 161 f. (zit. GRIFFEL, Grundsätzlich gleichrangig = gleichrangig; Denkfehler erlaubt!).
- HÄNNI Peter, Kantonale Kompetenzen im Bereich der Geothermie – Entscheid des jurassischen Verfassungsgerichts vom 27. Juni 2018, *Newsletter IFF* 1/2019, www3.unifr.ch/federalism/de/ (besucht am 16.06.2019) (zit. HÄNNI, Kantonale Kompetenzen Geothermie).
- HETTICH Peter / WALTHER Simone, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, *ZBl* 112/2011, S. 143 ff. (zit. HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen KEV).
- HETTICH Peter / WALTHER Simone / WOHLGEMUTH David / CAMENISCH Livia / DRITTENBASS Joel, *Strommarkt 2023, Quotenmodelle im Zieldreieck von Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit und Versorgungssicherheit*, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. HETTICH et al., Strommarkt 2023).
- HETTICH Peter / PENG Gian Luca, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, *AJP* 2015, S. 1427 ff. (zit. HETTICH/PENG, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen).
- Institut für Föderalismus, Universität Freiburg, Newsletter Kantonale Volksabstimmungen vom 10. Februar 2019 – Die Ergebnisse, www3.unifr.ch/federalism/de (besucht am 16.06.2019) (zit. IFF, Newsletter Kantonale Volksabstimmungen vom 10. Februar 2019 – Die Ergebnisse).
- KIENER Regina / RÜTSCHÉ Bernhard / KUHN Mathias, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht).
- PINELLI Davide, *Rechtliche Rahmenbedingungen erneuerbarer Energien im Lichte der Nachhaltigen Entwicklung, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der kostendeckenden Einspeisevergütung für Strom aus erneuerbaren Energien gemäss Art. 7a Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998*, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. PINELLI, Erneuerbare Energien).
- PIRKER Benedikt, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts für Massnahmen zur Förderung erneuerbarer Energie und die Schweiz, *SZIER* 2017, S. 489 ff. (zit. PIRKER, Vorgaben des EU-Binnenmarktrechts).
- PLÜSS Kaspar, *Interessenabwägung beim Bau von Wasser- und Windenergieanlagen*, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. PLÜSS, Interessenabwägung).
- POLTIER Etienne, Les subventions, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band X: Finanzrecht*, Basel 2011, S. 343 ff. (zit. POLTIER, Les subventions).
- WALDMANN Bernhard, Windenergie im Konflikt mit dem Natur- und Landschaftsschutz – Eine Zusammenfassung und Kommentierung des Bundesgerichtsurteils 1C_346/2014 vom 26. Oktober 2016 (Windparkzone Schwyberg), *FZR* 2016, S. 385 ff. (zit. WALDMANN, Windparkzone Schwyberg).
- WALDMANN Bernhard / BELSER Eva Maria / EPINEY Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. AUTOR/-IN, BSK BV).
- WIEDERKEHR René / ABEGG Andreas, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, *ZBl* 115/2014, S. 639 ff. (zit. WIEDERKEHR/ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen Geothermie).

WIEDERKEHR René / ABEGG Andreas, WP6: Legal Opinion, in: Hirschberg/Wiemer/Burgherr (Hrsg.), *Energie from the Earth – Deep Geothermal as a Resource for the Future?*, Zürich 2015, S. 329 ff. (zit. WIEDERKEHR/ABEGG, Legal Opinion).

Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux

Sommaire	Page
Introduction	1035
I. L'organisation des voies de droit	1036
1. Les exigences du droit fédéral	1036
a. La LAT	1036
b. La LTF	1038
c. Synthèse	1038
2. La mise en œuvre	1039
a. Dans le canton de Vaud	1039
b. Dans le canton de Genève	1040
3. Appréciation critique	1042
II. Le pouvoir d'examen	1043
1. Un contrôle « libre » mais « retenu »	1043
2. Appréciation critique	1045
Conclusion	1047
Bibliographie	1047

Introduction

Parmi les questions que soulève le contrôle judiciaire des plans d'affectation, c'est sans doute celle de la qualité pour agir qui a le plus intéressé la doctrine¹. L'organisation de ce contrôle et le pouvoir d'examen du juge cantonal ont, comparativement, reçu une attention moins soutenue. Sur ces deux thèmes, il y a pourtant matière à discussion : on peut

* Professeur honoraire à l'Université de Genève. L'auteur tient à remercier M^{me} Margaux Terradas, assistante à la Faculté de droit de Genève, pour son aide précieuse dans la mise en point de ce texte.

¹ Voir p.ex. la place relative de cette question, à propos de recours cantonaux contre les plans d'affectation, chez BESSE (2010), p. 204 ss ; AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 50 ss ; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 16 ss.

en effet s'interroger sur le caractère véritablement indépendant de l'instance de recours exigée par LAT, lorsqu'elle n'est justement pas un tribunal², ainsi que sur la réalité du pouvoir d'examen « libre » conféré à cette instance.

Focalisée sur ces deux questions, la brève étude qui suit se concentrera sur le contrôle judiciaire cantonal direct desdits plans, avec un accent particulier sur les cantons de Vaud et de Genève. Ces derniers ont en effet le double mérite de connaître des systèmes aussi différents que possible, dans le cadre fixé par le droit fédéral, et d'être les cantons respectifs du bénéficiaire et du rédacteur de ces lignes.

I. L'organisation des voies de droit

1. Les exigences du droit fédéral

Dans l'organisation du contentieux relatif aux plans d'affectation, les cantons sont soumis d'une part à une exigence spécifique au droit de l'aménagement du territoire et, d'autre part, aux règles générales résultant du rôle qui leur est attribué par la LTF³ préalablement à la saisine éventuelle du Tribunal fédéral. Ces exigences ne se recoupent que partiellement et laissent une marge de manœuvre aux cantons dans la manière de les satisfaire globalement.

a. La LAT

Selon l'article 33 alinéa 2 LAT, le droit cantonal prévoit au moins une voie de droit contre les décisions et les plans d'affectation fondés sur ladite loi et sur les dispositions cantonales et fédérales d'exécution. L'alinéa 3 lettre b de ce même article précise qu'une autorité de recours au moins doit avoir un libre pouvoir d'examen, s'étendant à l'opportunité, point sur lequel on reviendra en détail plus loin⁴.

L'autorité de recours disposant d'un libre pouvoir d'examen exigée par l'article 33 LAT ne doit pas nécessairement être judiciaire⁵. Il peut s'agir d'une autorité administrative, voire du gouvernement ou du parlement cantonal⁶. Selon le Tribunal fédéral, il n'est

² Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979, RS 700.

³ Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005, RS 173.110.

⁴ *Infra* ch. II.

⁵ ATF 127 II 238, 242, c. 3/b/bb (avec références); HÄNNI (2016), p. 550; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 23 et 74; TANQUEREL (2001), p. 115.

⁶ MOOR/POLTIER (2011), p. 531.

même pas nécessaire qu'il existe un recours au sens habituel du terme⁷, à savoir un moyen de droit par lequel un administré demande à une autre autorité que l'auteur de l'acte d'annuler, de modifier ou de constater la nullité de cet acte⁸. La voie de droit selon l'article 33 LAT peut consister en une procédure d'opposition, par laquelle le projet de plan est contesté par les personnes disposant de la qualité pour agir auprès de l'autorité même qui est compétente pour l'adopter ou l'approuver, cette autorité statuant en même temps sur l'adoption ou l'approbation du plan et sur les oppositions⁹. On soulignera que le Tribunal fédéral a notamment admis ce système pour des situations vaudoises, en faveur du Conseil d'État¹⁰, ou genevoises, en faveur du Grand Conseil ou du Conseil d'État suivant la nature générale ou spéciale du plan¹¹.

Si le Tribunal fédéral a admis la formule de l'opposition au niveau cantonal, il en a jugé autrement lorsque l'opposition devait être formée devant l'autorité communale chargée d'adopter un plan d'affectation : une telle procédure ne remplit pas les exigences de l'article 33 LAT, ce qui implique qu'un tribunal statuant sur recours contre la décision sur opposition doit avoir un pouvoir d'examen libre¹².

Dans tous les cas, tant le Tribunal fédéral que la doctrine insistent sur le fait que la voie de droit de l'article 33 LAT doit mener à une autorité supérieure à l'autorité décisionnaire, statuant en toute indépendance par rapport à celle-ci¹³. Il y aura lieu de s'interroger plus loin sur le sens que peut conserver cette affirmation dans les systèmes d'oppositions bénis par le Tribunal fédéral¹⁴.

Il convient encore de noter que, selon l'article 26 alinéa 1 LAT, une autorité cantonale approuve les plans d'affectation et leurs adaptations. Lorsque la compétence d'adopter les plans revient aux communes, ce qui est le cas ordinaire en Suisse, rien n'interdit aux cantons de fusionner la procédure de recours et celle d'approbation, en ce sens que l'autorité cantonale d'approbation statue en même temps sur les recours et sur l'approbation du plan¹⁵. Lorsque l'adoption du plan est de la compétence d'une autorité cantonale, ce qui est le cas ordinaire à Genève, il n'est évidemment pas nécessaire qu'il

⁷ ATF 132 II 188, 196, c. 3.2.

⁸ TANQUEREL (2018), n° 1282.

⁹ ATF 119 Ia 88, 97, c. 6/a ; 114 Ia 233, 236, c. 2/b ; 109 Ia 1, 2, c. 2 ; 108 Ia 33, 35, c. 1/a.

¹⁰ ATF 112 Ib 164, 169 s., c. 4/c/bb.

¹¹ ATF 108 Ib 479, 482 ss, c. 3 ; 111 Ib 9, 11 s., c. 2/b.

¹² ATF 109 Ib 121, 123 s., c. 5/b ; AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 40.

¹³ ATF 127 II 238, 242 s., c. 3/b/bb ; 112 Ib 164, 170, c. 4/c/bb ; HÄNNI (2016), p. 549 s. ; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 23 et 74 s. ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), p. 677.

¹⁴ *Infra* ch. I, 3.

¹⁵ ATF 119 Ia 321, 328, c. 5/c ; 108 Ia 33, 34 s., c. 1/a ; HÄNNI (2016), p. 550 ; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 23 et 75. Voir p.ex. l'art. 88 al. 2 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 2 décembre 2008 (LATeC/FR ; RS/FR 710.1).

soit encore approuvée par une autre autorité cantonale, seule la question de la voie de droit se pose donc.

b. La LTF

Selon l'article 86 alinéa 2 LTF, les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral. Les décisions relatives aux plans d'affectation pouvant être portées en dernier ressort devant le Tribunal fédéral par un recours en matière de droit public au sens de l'article 82 lettre a LTF¹⁶, elles doivent avoir été examinées en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur¹⁷. Ce dernier doit avoir au moins le même pouvoir d'examen que le Tribunal fédéral conformément à l'article 111 alinéa 3 LTF. Il n'est donc pas nécessaire, sous l'angle de la LTF, que ce pouvoir soit « libre » au sens d'une cognition s'étendant à l'opportunité.

L'entrée en vigueur de la LTF a rendu obsolètes les subtiles distinctions qu'il était nécessaire d'opérer pour savoir quand les cantons devaient prévoir une instance de recours judiciaire contre les plans d'aménagement, exigence qui variait, conformément à l'article 98a aOJ¹⁸, suivant la voie de droit ouverte auprès du Tribunal fédéral¹⁹.

L'exigence résultant de l'article 86 alinéa 2 LTF assure en outre le respect de la garantie d'accès au juge résultant, avec des champs d'application quelque peu différents, de l'article 29a Cst. et de l'article 6 paragraphe I CEDH.

c. Synthèse

Au vu des exigences combinées de la LAT et de la LTF, les cantons peuvent organiser les voies de droit relatives aux plans d'affectation selon différents modèles, lesquels peuvent eux-mêmes comporter quelques variantes.

Ils peuvent d'abord choisir le modèle de la concentration des voies de droit auprès d'un tribunal supérieur, qui doit alors pouvoir contrôler l'opportunité des décisions qui lui sont soumises dans ce cadre. On notera que, dans ce modèle, on ne saurait fusionner les

¹⁶ ATF 133 II 249, 251, c. 1.2 ; HÄNNI (2016), p. 553 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 533 ; BESSE (2010), p. 229.

¹⁷ AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 9.

¹⁸ Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943, plus en vigueur dès le 1^{er} janvier 2007.

¹⁹ TANQUEREL (2001), p. 119 ss ; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 78 ss.

procédures d'approbation et de recours, une autorité judiciaire n'étant manifestement pas adaptée dans le premier cas²⁰. Ce modèle est pour l'essentiel celui du canton de Vaud²¹.

Un deuxième modèle consiste à faire précéder le recours à un tribunal supérieur d'un recours à une instance administrative cantonale, qui peut ou non être aussi l'instance d'approbation du plan. L'instance de recours administrative dispose alors d'un pouvoir d'examen libre, comprenant le contrôle de l'opportunité, alors que le tribunal limite sa cognition aux faits et au droit. C'est le modèle choisi notamment par les cantons de Fribourg²² et du Valais²³ pour les plans d'affectation communaux.

Dans un troisième modèle, qui pourrait aussi être considéré comme une simple variante du deuxième, la voie de droit précédant le recours à un tribunal se présente sous la forme d'une opposition auprès de l'autorité cantonale chargée d'adopter – ou d'approuver – le plan. Le pouvoir d'examen libre étant exercé au stade de l'opposition, la cognition du tribunal supérieur se limite aux faits et au droit. C'est, pour l'essentiel, le modèle genevois²⁴.

2. La mise en œuvre

a. Dans le canton de Vaud

L'organisation des voies de droit contre les plans d'affectation dans le canton de Vaud a connu trois phases.

Dans une première période suivant l'entrée en vigueur de la LAT, le Conseil d'État a été l'autorité unique pour approuver les plans et statuer sur les éventuelles oppositions. Dès 1994, une voie de droit a été ouverte en première instance auprès du Département des travaux publics contre les décisions communales sur opposition, celui-ci disposant d'un libre pouvoir d'examen s'étendant à l'opportunité. La décision du Département pouvait être portée devant le Tribunal administratif, dont le contrôle se limitait à la légalité.²⁵

Depuis 2004, l'unique instance de recours est le Tribunal administratif, lequel est devenu dès 2008 la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP/VD)²⁶,

²⁰ RUCH (1999), n° 9. L'autorité d'approbation sera soit le gouvernement cantonal, soit le département chargé des constructions, soit même le parlement, cf. WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 26 n° 6.

²¹ *Infra* ch. I, 2, a.

²² Art. 88 LATeC/FR.

²³ Art. 37 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 23 janvier 1987 (LcAT/VS ; RS/VS 701.1).

²⁴ *Infra* ch. I, 2, b.

²⁵ BESSE (2010), p. 205.

²⁶ *Id.*,

laquelle connaît des recours contre les décisions sur opposition et d'approbation émanant du Département du territoire et de l'environnement (DTE) concernant les plans cantonaux²⁷, ainsi que des décisions sur opposition rendues par les communes et d'approbation émanant du DTE (ce dernier devant limiter son examen à la légalité et à la conformité au plan directeur cantonal²⁸) en ce qui concerne les plans communaux²⁹. Jusqu'à une dernière réforme entrée en vigueur en septembre 2018³⁰, la Cour disposait d'un plein pouvoir d'examen, y compris celui de l'opportunité, en ce qui concernait les plans d'affectation communaux³¹, mais d'un pouvoir d'examen limité à la légalité pour les plans d'affectation cantonaux, la voie de droit avec examen libre concernant ces derniers étant la procédure d'opposition devant le DTE³².

Avec la dernière réforme, le pouvoir d'examen de la Cour a été étendu à l'opportunité également pour les plans d'affectation cantonaux³³.

b. Dans le canton de Genève

On rappellera en introduction que le canton de Genève se caractérise par une forte centralisation de son aménagement du territoire. En effet, dans ce canton, presque tous les plans d'affectation sont de la compétence d'autorités cantonales, soit le Grand Conseil pour le plan général des zones de construction³⁴ et le Conseil d'État pour les différents types de plans d'affectation spéciaux³⁵, les communes n'ayant qu'un pouvoir de préavis. Seuls les plans d'utilisation du sol, qui portent essentiellement sur le type d'utilisation des constructions (p.ex. logement ou activités ouvertes au public), sont de la compétence des communes³⁶.

Pour mettre en œuvre l'article 33 alinéas 2 et 3 LAT, le canton de Genève avait, dans un premier temps, prévu uniquement une procédure d'opposition, respectivement devant le

²⁷ Art. 15 de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 4 décembre 1985 (LATC/VD ; RS/VD 700.11).

²⁸ Art. 43 al. 1 LATC/VD.

²⁹ Art. 43 al. 2 LATC/VD.

³⁰ Pour une présentation générale de cette réforme, cf. BESSE (2018).

³¹ Art. 43 al. 2 *in fine* LATC/VD.

³² Arrêt CDAP/VD AC.2016.0420 du 6 juin 2017, c. 4 (rés. *in* RDAF 2018 I 113 s.).

³³ Art. 15 al. 2 *in fine* LATC/VD. Dans un arrêt CDAP/VD AC.2018.0208 du 18 janvier 2019, c. 1/a et 2/d, la Cour a cependant encore appliqué l'ancien droit, y compris à sa cognition, au motif que la décision attaquée avait été rendue avant le 1^{er} septembre 2018.

³⁴ Art. 15 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (LaLAT/GE ; RS/GE L 1 30).

³⁵ Voir notamment l'art. 1 al. 1 de la loi sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités du 9 mars 1929 (LExt/GE ; RS/GE L 1 40) et l'art. 2 al. 1 let. a de la loi générale sur les zones de développement, du 19 juin 1957 (LGZD/GE ; RS/GE L 1 35).

³⁶ Art. 15A al. 1 LExt/GE.

Grand Conseil, pour le plan général des zones de construction et devant le Conseil d'État pour les plans d'affectation spéciaux. Cette formule, on l'a vu, a été jugée à l'époque conforme au droit fédéral par le Tribunal fédéral³⁷. Seuls faisaient exception les plans d'utilisation du sol pour lesquels un recours au Tribunal administratif était prévu.

Avec l'échéance du délai de mise en œuvre de l'article 98a aOJF, ce régime ne pouvait plus être conservé tel quel³⁸ et un recours auprès du Tribunal administratif (TA/GE) a été ouvert³⁹. Pour l'essentiel, ce nouveau système a été maintenu lors de l'attribution d'une clause générale de compétence au Tribunal administratif, puis avec l'intégration de celui-ci à la Cour de justice, comme chambre administrative de ladite Cour (CJCA/GE).

Aujourd'hui, l'organisation des voies de droit genevoises contre les plans d'affectation se caractérise donc, sous une exception près, par une double voie de recours.

Les projets de modifications du plan des zones de constructions peuvent faire d'objet d'une opposition déposée auprès du Conseil d'État, mais sur laquelle le Grand Conseil statue en même temps qu'il adopte le nouveau plan⁴⁰. La décision du Grand Conseil peut faire l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice⁴¹.

Quant aux projets de plans spéciaux, notamment les plans localisés de quartier, ils peuvent faire l'objet d'une opposition auprès du Conseil d'État. Ce dernier statue sur les oppositions en même temps qu'il adopte le plan⁴², sauf lorsqu'il entend rejeter une opposition d'une commune. Dans un tel cas, le Conseil d'État doit saisir le Grand Conseil, qui statue sur l'opposition de manière contraignante pour le Conseil d'État⁴³. La décision du Conseil d'État est sujette à recours à la chambre administrative de la Cour de justice⁴⁴.

La seule exception à ce régime de la double voie de recours concerne les plans d'utilisation du sol, pour lesquels une procédure d'opposition n'est pas prévue et qui peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice une fois qu'ils sont approuvés par le Conseil d'État⁴⁵.

Conformément à la règle générale en procédure administrative genevoise⁴⁶, la chambre administrative ne contrôle pas l'opportunité de l'immense majorité des plans

³⁷ *Supra* n. 11.

³⁸ ATF 123 II 231.

³⁹ Sur cette évolution, voir PAULI (2000).

⁴⁰ Art. 16 al. 6 et 7 LaLAT/GE.

⁴¹ Art. 35 al. 1 LaLAT/GE.

⁴² Art. 5 al. 9 et 10 LExt/GE et 6 al. 9 et 10 LGZD/GE.

⁴³ Art. 5 al. 11 LExt/GE et 6 al. 11 LGZD/GE.

⁴⁴ Art. 35 al. 1 LaLAT/GE.

⁴⁵ Art. 15D *a contrario* et 15F LExt/GE.

⁴⁶ Art. 61 al. 2 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA/GE ; RS/GE E 5 10).

d'affectation portés devant elle⁴⁷. En effet, l'exigence de l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT est satisfaite par la procédure d'opposition qui précède celle de recours. Là aussi, fait exception le cas des plans d'utilisation du sol : puisqu'il n'y a pas d'opposition, l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT constitue une disposition spéciale imposant à la chambre administrative de contrôler également l'opportunité de ces plans⁴⁸.

3. Appréciation critique

Le système vaudois centré sur un recours unique au Tribunal cantonal présente indubitablement l'avantage de la simplicité et contribue, probablement, à la célérité de la procédure.

Il garantit aussi que le contrôle des plans soit effectué par une instance dont l'indépendance est indiscutable.

Il a cependant l'inconvénient de confier à un tribunal le soin de contrôler l'opportunité d'une décision, ce qui constitue une tâche fondamentalement étrangère à la mission de gardien du droit qui est celle des tribunaux. Il n'est dès lors pas étonnant que cette tâche soit exercée avec une retenue telle que l'on peut se demander, comme on le verra ci-après⁴⁹, si elle mérite encore d'être qualifiée d'examen en opportunité.

Le régime du contentieux genevois apparaît plus complexe et induit probablement une procédure plus longue. On peut cependant aussi émettre l'hypothèse que la procédure d'opposition précédant un éventuel contentieux judiciaire permet de résoudre un certain nombre de litiges et d'éviter ainsi des recours ; cela a d'ailleurs pesé dans la décision du législateur genevois de maintenir cette procédure lorsqu'il a ouvert le recours judiciaire contre les plans d'affectation⁵⁰. Dans les cas où aucun accord n'est envisageable, la procédure genevoise peut incontestablement se révéler particulièrement longue. Mais il n'est pas certain que tel soit le cas d'une manière toute générale.

Le système genevois permet en outre, sauf pour les plans d'utilisation du sol, une distribution claire et logique des tâches de contrôle : l'examen de l'opportunité revient à une autorité politique, l'instance judiciaire qui suit s'en tenant à un examen en fait et en droit.

Cette distribution s'est cependant faite au détriment de l'indépendance, volontiers soulignée par la jurisprudence et la doctrine⁵¹, de l'autorité chargée de statuer dans le cadre de

⁴⁷ Arrêt CJCA/GE ATA/557/2015 du 2 juin 2015, c. 4/c.

⁴⁸ Art. 61 al. 2 *in fine* LPA/GE ; arrêt TA/GE ATA/249/2009 du 19 mai 2009, c. 2/d. cf. TANQUEREL (2001), p. 125.

⁴⁹ *Infra* ch. II, 2.

⁵⁰ TANQUEREL (2001), p. 124 ; Mémorial des séances du Grand Conseil 1997, p. 9468.

⁵¹ *Supra* n. 13.

la voie de recours exigée par l'article 33 alinéa 2 LAT. Lorsque le Grand Conseil – ou concrètement, en termes de préparation de la décision, sa commission compétente – statue sur une opposition, il ne revoit pas une décision déjà prise par une autorité inférieure, il cible un aspect particulier d'une décision dont la compétence lui revient pleinement. Il n'y a donc nulle indépendance entre l'autorité qui *adopte* le plan – et ne fait pas donc qu'*approuver* le plan adopté par une autre autorité – et l'autorité de recours au sens de l'article 33 alinéa 2 LAT : c'est exactement la même, avec les mêmes compétences et le même pouvoir, statuant au même moment. La situation est identique lorsque le Conseil d'État, en adoptant un plan d'affectation spécial, statue sur les oppositions soulevées contre le projet de plan. Seul fait exception le cas où l'opposition émane d'une commune et où le Conseil d'État entend la rejeter : dans cette hypothèse, le droit genevois prévoit, on l'a vu, ce qui s'apparente à un recours au Grand Conseil⁵², lequel est à l'évidence indépendant du gouvernement.

Ce défaut d'indépendance n'est pas catastrophique : on peut raisonnablement soutenir que l'essentiel pour les intéressés est de pouvoir faire examiner en détail et de façon spécifique leurs objections par une autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen, ce qui est en l'espèce le cas. Mais il conviendrait alors d'abandonner l'idée, qui ne correspond manifestement pas à la réalité dans le cas genevois, que cet examen est nécessairement effectué par une autorité indépendante de celle qui décide de l'adoption du plan.

II. Le pouvoir d'examen

1. Un contrôle « libre » mais « retenu »

Selon l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT, une autorité de recours au moins doit avoir un libre pouvoir d'examen.

La doctrine unanime⁵³ et la jurisprudence⁵⁴ considèrent que ce « libre » pouvoir consiste en un examen en fait, en droit et en opportunité. La conclusion n'allait pas de soi. Contrairement à l'article 49 lettre c PA⁵⁵, l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT ne mentionne pas

⁵² *Supra* ch. I, 2, b, n. 42.

⁵³ HÄNNI (2016), p. 551 ; MOOR/POLTIER (2011), p. 532 ; AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 71 ; WALDMANN/HÄNNI (2006), ad Art. 33 n° 64 ; TANQUEREL (2001), p. 118 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), p. 678 ; DFJP/OFAT (1981), ad Art. 33 n° 30.

⁵⁴ Arrêts TF 1C_528/2016 du 20 décembre 2017, c. 6.1 ; 1C_574/2015 du 9 juin 2016, c. 4.1 ; 1C_424/2014 du 26 mai 2015, c. 4.1.1 ; 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, c. 2.3, non publié in ATF 137 II 23 ; 1C_82/2008 du 28 mai 2008, c. 6.1, non publié in ATF 134 II 117 ; 127 II 238, 242, c. 3/b/aa (et les références).

⁵⁵ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

expressément le grief d'inopportunité. Et la notion de libre pouvoir d'examen ou de plein pouvoir d'examen a parfois été utilisée pour désigner un tel pouvoir en fait et en droit, à l'exclusion de l'opportunité⁵⁶. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence concernant la portée de l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT en matière de pouvoir d'examen de l'instance de recours est, quant au principe, bien établie.

Si on rapporte ce principe à l'organisation des voies de recours décrite ci-avant pour les cantons de Vaud et de Genève, on pourrait en déduire que le pouvoir d'examen du Tribunal cantonal vaudois est sensiblement plus large que celui de la Cour de justice genevoise et qu'il équivaut à la cognition du gouvernement ou du parlement genevois lorsque ceux-ci statuent sur des oppositions formées contre des plans d'affectation. Or, il n'en est rien.

En effet, la jurisprudence, largement approuvée par la doctrine⁵⁷, non seulement permet, mais impose à l'instance de recours contrôlant des plans d'affectation, le plus souvent communaux, une retenue dans l'exercice de son « libre » pouvoir d'examen. Le Tribunal fédéral insiste sur la différence de rôle entre une autorité de recours et l'organe compétent pour adopter un plan⁵⁸. Il souligne que la première doit préserver, conformément à l'article 2 alinéa 3 LAT, la liberté d'appréciation dont le second a besoin dans l'accomplissement de sa tâche. Cette liberté d'appréciation implique qu'une mesure d'aménagement appropriée doit être confirmée ; l'autorité de recours n'est pas habilitée à lui substituer une autre solution qui serait également convenable. Elle suppose également que le contrôle de l'opportunité s'exerce avec retenue sur des points qui concernent principalement des intérêts locaux, tandis que, au contraire, la prise en considération adéquate d'intérêts d'ordre supérieur, dont la sauvegarde incombe au canton, doit être imposée par un contrôle strict⁵⁹. Sous l'angle de l'autonomie communale, le Tribunal fédéral a encore précisé que, s'agissant d'un plan de quartier, une commune dispose d'une liberté d'appréciation particulière que l'autorité de recours contrôle avec retenue : en dépit de son pouvoir d'examen complet, la seconde ne peut intervenir et, cas échéant, substituer sa propre appréciation à celle des autorités communales que si celle-ci n'est objectivement pas soutenable ou contrevient au droit supérieur⁶⁰.

Le Tribunal cantonal vaudois a tiré les conséquences de la jurisprudence fédérale en indiquant que l'autorité de recours doit vérifier si l'autorité qui a adopté le plan n'a pas

⁵⁶ P. ex. ATF 139 I 72, 82 s., c. 4.5, concernant le pouvoir d'examen du tribunal indépendant requis par l'art. 6 par. 1 CEDH.

⁵⁷ Pour une discussion assez complète, cf. AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 73 ss et, surtout, BESSE (2010), p. 224 ss.

⁵⁸ ATF 127 II 238, 242, c. 3/b/aa.

⁵⁹ Cf. tous les arrêts cités *supra* n. 54.

⁶⁰ Arrêts TF 1C_574/2015 du 9 juin 2016, c. 4.1 ; 1C_424/2014 du 26 mai 2015, c. 4.1.1.

« abusé ou mésusé » de son pouvoir d'appréciation et qu'elle s'impose une certaine retenue s'agissant des circonstances locales ou des questions de pure appréciation⁶¹.

Dans ces conditions, il apparaît que si dans leur double rôle d'autorité d'adoption du plan et d'autorité compétente pour statuer sur des oppositions, le parlement et le gouvernement genevois exercent naturellement un plein pouvoir d'examen, il n'en est pas de même du Tribunal cantonal vaudois, qui s'impose en la matière, sur instruction du Tribunal fédéral, une certaine retenue, et même une retenue certaine.

2. Appréciation critique

Ce n'est pas le lieu ici de revenir sur les débats doctrinaux de principe en matière de conception du pouvoir d'appréciation et de son corolaire, l'opportunité⁶². On se limitera à la question du contrôle des plans d'affectation en s'interrogeant sur ce que l'autorité de recours disposant théoriquement du pouvoir de contrôler l'opportunité de ces plans se voit interdire de faire et sur ce qu'elle se voit expressément reconnaître comme pouvoir.

Il résulte clairement de la jurisprudence que l'autorité de recours doit respecter la liberté d'appréciation de l'organe chargé d'adopter le plan et ne saurait substituer sa propre solution à celle de ce dernier si celle-ci est « appropriée » ou « convenable ». Or, l'opportunité c'est précisément le critère de choix dans l'exercice d'une liberté d'appréciation. Permettre le contrôle de l'une tout en enjoignant de respecter l'autre apparaît contradictoire. Le Tribunal cantonal vaudois met d'ailleurs en évidence cette contradiction lorsqu'il relève, dans un même considérant, que le contrôle de l'opportunité du plan permet à l'autorité qui exerce ce contrôle « d'opter pour une autre solution équivalente qu'elle juge préférable, et cela quand bien même la solution qui lui est soumise est conforme au droit » et, un peu plus loin, affirme que « une mesure de planification doit être maintenue lorsqu'elle se révèle appropriée à la situation de fait : l'autorité de recours n'est pas habilitée à lui substituer une autre solution, même tout aussi appropriée »⁶³.

La jurisprudence part de l'idée que le caractère approprié d'une mesure, dans l'exercice d'une liberté d'appréciation, s'établit abstraitement et de manière absolue. On peut en douter : lorsque plusieurs solutions toutes conformes au droit se présentent, la solution appropriée est celle qui apparaît « en opportunité » comme la plus judicieuse aux yeux de l'autorité exerçant cette liberté. On ne voit guère comment une autorité pourrait, sans « abuser » de son pouvoir d'appréciation, donc en respectant le droit, néanmoins en

⁶¹ Arrêt CDAP/VD AC.2018.0361 du 15 avril 2019, c. 3/b.

⁶² Cf. TANQUEREL (2018), n° 505 ss.

⁶³ Arrêt CDAP/VD AC.2018.0361 du 15 avril 2019, c. 3/b.

« mésuser », en choisissant une solution qui ne serait dans l'absolu – et non dans un jugement relatif classant diverses solutions – pas appropriée. En d'autres termes, l'appréciation dont il est question porte précisément sur le caractère le plus approprié de la solution à choisir.

Si l'on examine ensuite ce que l'autorité disposant d'un pouvoir d'examen libre peut faire, on a de la peine à distinguer ce qui pourrait relever du contrôle de l'opportunité et non déjà du contrôle de la légalité. Pour reprendre l'exemple des plans de quartier vaudois, si ceux-ci contreviennent au droit supérieur ou sont objectivement insoutenables, il ne fait pas de doute qu'une autorité de recours connaissant uniquement des faits et du droit, à l'instar de la Cour de justice genevoise, pourra les annuler. Quant aux intérêts d'ordre supérieur pour lesquels un contrôle strict s'impose, peut-on vraiment imaginer que, s'ils ne sont pas du tout ou insuffisamment pris en compte, cela ne constitue pas déjà une violation de la loi, notamment des articles 1, 3, 15, 15a ou 21 LAT ? La Cour de justice genevoise a d'ailleurs relevé à juste titre que la violation des principes essentiels de l'aménagement du territoire n'est pas seulement inopportune, mais constitue une violation du droit⁶⁴. En définitive, on peut sérieusement douter qu'il existe une véritable différence dans l'intensité du contrôle des plans opérée par le Tribunal cantonal vaudois et la Cour de justice genevoise.

Il y a de bonnes raisons d'approuver la retenue prônée tant par la jurisprudence que par la doctrine, au premier chef le respect de l'autonomie communale, mais aussi et surtout le fait que le juge n'est ni outillé ni légitime pour se prononcer sur la composante fondamentalement politique des décisions qu'il revoit⁶⁵.

Ce qui est plus problématique, dans ces conditions, c'est l'insistance mise à soutenir que le pouvoir d'examen libre au sens de l'article 33 alinéa 3 lettre b LAT, conféré le cas échéant à un tribunal, s'étend à l'opportunité. Accompagnée des exigences de retenue qui viennent d'être évoquées, l'injonction faite aux tribunaux d'exercer effectivement ce pouvoir étendu⁶⁶ apparaît creuse ou du moins paradoxale. Il serait sans doute plus clair d'admettre que la LAT exige au niveau cantonal un contrôle strict des faits et du droit, mais non de l'opportunité.

⁶⁴ Arrêt CACJ/GE ATA/557/2015 du 2 juin 2015, c. 4/b, citant DFJP/OFAT (1981), ad Art. 3 n° 19.

⁶⁵ Cf. BESSE (2010), p. 225.

⁶⁶ MOOR/POLTIER (2011), p. 532 ; AEMISEGGER/HAAG (2010), n° 77.

Conclusion

L'organisation du contentieux cantonal des plans d'affectation reste un des domaines où, malgré des exigences minimales, la LAT s'en tient aux principes et laisse une large marge de manœuvre aux cantons. La comparaison des régimes vaudois et genevois en donne une illustration frappante.

Les deux systèmes apparaissent satisfaisants et conformes aux exigences du droit supérieur. Ni l'un ni l'autre ne correspondent cependant exactement à la description idéale des voies de droit cantonales présentée par la jurisprudence et la doctrine. Le système genevois fait précéder le contrôle judiciaire par une procédure d'opposition devant une autorité qui n'est nullement indépendante de celle chargée d'adopter le plan, puisque c'est la même. Quant au système vaudois, il prétend conférer au juge le soin de contrôler l'opportunité des plans, principe dont la traduction effective apparaît plus que douteuse.

On peut dès lors se demander si la présentation des principes régissant le contentieux cantonal des plans d'affectation, et en particulier le contrôle judiciaire de ceux-ci, ne devrait pas évoluer pour mieux refléter la réalité.

Bibliographie

- AEMISEGGER Heinz / HAAG Stephan, *Commentaire LAT, Art. 33*, Genève/Zurich/Bâle 2010.
- BESSE Marc-Olivier, *Le régime des plans d'affectation*, Genève/Bâle/Zurich 2010.
- BESSE Marc-Olivier, Le nouveau régime du plan d'affectation en droit vaudois, RDAF 2018 I, p. 551 ss.
- DFJP/OFAT, *Étude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Berne 1981.
- HÄNNI Peter, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 6^e éd., Berne 2016.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif – Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 2011.
- PAULI Jean-Charles, *L'élargissement des compétences du Tribunal administratif en matière d'aménagement du territoire et ses premières conséquences sur la conduite des procédures à Genève*, RDAF 2000 I, p. 514 ss.
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2018.
- TANQUEREL Thierry, Le contentieux de l'aménagement du territoire, in : *L'aménagement du territoire – Planification et enjeux*, Hottelier/Foëx (édit.), Bâle/Genève/Munich 2001, p. 113 ss.
- RUCH Alexander, *Commentaire LAT, Art. 26*, Genève/Zurich/Bâle 1999-2010.
- WALDMANN Bernhard / HÄNNI Peter, *Raumplanungsgesetz*, Berne 2006.
- ZEN-RUFFINEN Piermarco / GUY-ECABERT Christine, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001.

Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht

Der kantonale Spielraum nach BGE 143 II 467

Inhalt	Seite
I. Einleitung	1050
II. Bundesgerichtliche Leitplanken zur Kostenverlegung im Einspracheverfahren	1050
A. Grundsatz: Keine Kostentragung der Einsprecher	1050
1. Strittige Bestimmungen	1050
2. Begründung	1052
a) Qualifikation des jurassischen Einspracheverfahrens	1052
b) Folgen für die Kostenauflegung	1053
B. Ausnahme	1054
C. Einordnung mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung	1055
III. Verwaltungsverfahrenrecht zwischen kantonaler Autonomie und bundesrechtlichen Vorgaben	1057
A. Ausgangspunkt: Kantonale Verfahrensautonomie	1057
B. Bundesrechtliche Vorgaben	1058
1. Überblick	1058
2. Anknüpfungspunkte für die Kostenauflegung bei der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht	1059
a) Prinzipien und Grundsätze	1059
b) Gehörsrecht	1061
IV. Kantonaler Spielraum	1063
A. Reichweite der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	1063
1. Zentrale Bedeutung des Gehörsrechts	1063
2. Baubewilligung	1065
3. Nutzungsplanung	1065
B. Offensichtlich missbräuchliche Einspracheerhebung als Voraussetzung für die Kostenauflegung	1068
1. Bezugnahme auf Art. 41 OR	1068

* Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale); Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Universität Basel.

2.	Mögliche Konstellationen	1070
3.	Relevante Kosten	1071
C.	Leitlinien für eine verfassungskonforme Kostenverlegung	1072
V.	Schlussbemerkungen	1073
	Literaturverzeichnis	1074

I. Einleitung

Das Bundesgericht hat im Entscheid 143 II 467 vom 14. Juni 2017, der in der Literatur bislang kaum Beachtung gefunden hat,¹ Leitplanken hinsichtlich der Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht gesetzt. Bezugnehmend unter anderem auf die Grundrechtsrelevanz der Einsprache hat es die den Kantonen bisher zukommende weitgehende Freiheit bei der Regelung der Kostenfolgen erheblich beschnitten. Der vorliegende Beitrag analysiert die Tragweite dieses Entscheids, unterzieht die bundesgerichtliche Argumentation einer kritischen Würdigung und lotet den verbleibenden kantonalen Spielraum aus.

II. Bundesgerichtliche Leitplanken zur Kostenverlegung im Einspracheverfahren

A. Grundsatz: Keine Kostentragung der Einsprecher

1. Strittige Bestimmungen

Die in BGE 143 II 467 abstrakt zu beurteilenden Bestimmungen betrafen das Nutzungsplan- und das Baubewilligungsverfahren im Kanton Jura. Die Eckpfeiler dieser Verfahren sind folgendermassen ausgestaltet: Sowohl Nutzungsplanentwürfe als auch Baubewilligungsgesuche werden nach einer vorgängigen Prüfung (Art. 18 und Art. 70 LCAT/JU²) öffentlich aufgelegt, wobei innert der Auflagefrist Einsprache erhoben wer-

¹ Siehe immerhin die kurze Urteilsbesprechung von GUY-ECABERT Christine zu ATF 143 II 467–476 (14.6.2017/f; 1C_266/2016), RDAF 2018 I, S. 378–380. Zur Rezeption dieses Entscheids auf kantonalen Ebene hinten IV.A.1.

² Loi sur les constructions et l'aménagement du territoire (LCAT) des Kantons Jura vom 25. Juni 1987 (RSJU 701.1).

den kann (Art. 19 und Art. 71 LCAT/JU, Art. 19 DPC/JU³). Die Einsprecher werden in beiden Konstellationen zu einer zu protokollierenden Schlichtungsverhandlung (*«séance de conciliation»*) geladen (Art. 71 Abs. 2 LCAT/JU, Art. 26 Abs. 1 DPC/JU). Die zuständige Behörde entscheidet schliesslich gleichzeitig mit der Annahme der Pläne bzw. mit der Erteilung der Baubewilligung über die Einsprachen (Art. 22 Abs. 1 und Art. 73 Abs. 2 LCAT/JU, Art. 33 Abs. 1 DPC/JU). Die Erhebung einer Einsprache bildet *conditio sine qua non* für die Beschwerdeberechtigung Drittbetroffener (Art. 23 Abs. 2 und Art. 73 Abs. 3 LCAT/JU, Art. 35 Abs. 2 DPC/JU).

Strittig waren Bestimmungen zu den Kostenfolgen der Einsprache, die am 9. Dezember 2015 als Ergänzungen bzw. Modifikationen des jurassischen Bau- und Raumplanungsgesetzes (LCAT/JU) vom Kantonsparlament verabschiedet worden waren. Art. 19 zur Baueinsprache erhielt mit Abs. 4 damals folgende Ergänzung: *«En procédure d'opposition, le requérant supporte les frais relatifs à la séance de conciliation, à moins que l'opposition soit manifestement irrecevable ou manifestement infondée, auquel cas ceux-ci sont mis à la charge de l'opposant. En cas d'échec de la conciliation, les frais subséquents sont mis à la charge de l'opposant qui succombe s'il les a occasionnés sans nécessité.»*⁴ Diese Formulierung wurde auch in Art. 54 Abs. 2 der Verordnung über die Baubewilligung (DPC/JU) übernommen.⁵ Eingefügt wurde zudem ein dritter Absatz in Art. 71 LCAT/JU betreffend das Einspracheverfahren gegen die Gemeindepläne: *«En cas d'opposition manifestement irrecevable ou manifestement infondée, les frais relatifs à la séance de conciliation sont mis à la charge de l'opposant. En cas d'échec de la conciliation, les frais subséquents sont mis à la charge de l'opposant qui succombe s'il les a occasionnés sans nécessité.»*⁶

³ Décret sur le permis de construire (DPC) des Kantons Jura vom 11. Dezember 1992 (RSJU 701.51).

⁴ Siehe die (inoffizielle) deutsche Übersetzung in Pra 107 (2018) Nr. 94, Sachverhalt: «Im Einspracheverfahren trägt der Gesuchsteller die sich auf die Schlichtungsverhandlung beziehenden Kosten, ausser wenn die Einsprache offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, in welchem Fall diese dem Einsprechenden auferlegt werden. Im Falle des Scheiterns der Schlichtung werden die nachfolgenden Kosten dem unterliegenden Einsprechenden auferlegt, wenn er sie ohne Notwendigkeit verursacht hat.»

⁵ Zwar fand sich die Bestimmung, wonach im Falle des Scheiterns der Schlichtung die nachfolgenden Kosten dem unterliegenden Einsprechenden auferlegt werden, wenn er sie ohne Notwendigkeit verursacht hat, bereits vor der Revision in Art. 54 Abs. 2 DPC/JU. Da der Gesetzgeber aber eine Neuregelung der Kostenverlegung im Einspracheverfahren vornahm und Art. 54 Abs. 2 DPC/JU lediglich die gesetzlichen Vorgaben umsetzte, erstreckte das Bundesgericht die abstrakte Normenkontrolle im vorliegend interessierenden Fall auch auf den keine materielle Neuerung darstellenden Passus im Verordnungsrecht. Mit dieser Ausweitung des Streitgegenstands gehen keine praktischen Konsequenzen einher, zumal bei Nicht-In-Kraft-Setzung des neuen Rechts ohnehin eine Aufhebung des bisherigen Abs. 2 von Art. 54 DPC/JU erfolgen muss.

⁶ Siehe Pra 107 (2018) Nr. 94, Sachverhalt: «Im Falle einer offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Einsprache werden die Kosten der Schlichtungsverhandlung dem Einspre-

Die dargelegten Neuerungen sahen somit für das Baubewilligungs- und das Nutzungsplanverfahren abhängig vom Verfahrensstadium unterschiedliche Kostentragungspflichten für den Einsprecher vor: Während die amtlichen Kosten für die Schlichtungsverhandlung im Falle einer offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Einsprache dem unterliegenden Einsprecher auferlegt werden, gilt dies für die nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung entstehenden Folgekosten des Gemeinwesens, sofern er diese ohne Notwendigkeit verursacht hat. Anders als die Beschwerdeführer, die sich auf den Standpunkt stellten, das Einspracheverfahren müsse aufgrund von Art. 4 Abs. 2 RPG⁷ und Art. 29 Abs. 2 BV⁸ stets kostenlos sein, erachtete die verfassungsrechtliche Abteilung des jurassischen Kantonsgerichts die angefochtenen Bestimmungen als rechtmässig. Das in der Folge angerufene Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise – und zwar mit Blick auf die Auferlegung der ohne Notwendigkeit (*«sans nécessité»*) verursachten Kosten – gut.⁹

2. Begründung

a) Qualifikation des jurassischen Einspracheverfahrens

Das Bundesgericht beleuchtet zunächst die Tragweite von Art. 4 und Art. 33 RPG: Art. 4 RPG verlange, dass die Bevölkerung über die Planungsmassnahmen unterrichtet werde (Abs. 1) und in geeigneter Weise mitwirken könne (Abs. 2), wobei die Partizipationsmöglichkeit in einem Stadium zu gewähren sei, in welchem die Planung noch keine irreversiblen Konsequenzen zeitige.¹⁰ Gemäss Art. 33 RPG würden die Nutzungspläne öffentlich aufgelegt (Abs. 1); zudem müsse das kantonale Recht mindestens ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf das RPG stützen, vorsehen (Abs. 2).¹¹ In der Folge wird Art. 33 RPG in Bezug zu den Verfahrensgarantien, namentlich Art. 29 und Art. 29a BV sowie Art. 6 EMRK¹², gesetzt. Diese Bestimmung ermögliche es insbesondere jedermann, vom Plan Kenntnis zu nehmen; in jenen Kantonen, die

chenden auferlegt. Im Falle des Scheiterns der Schlichtung werden die nachfolgenden Kosten dem unterliegenden Einsprechenden auferlegt, wenn er sie ohne Notwendigkeit verursacht hat.»

⁷ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

⁹ Nicht zu folgen vermochte das Bundesgericht den Beschwerdeführern mit Bezug auf den ersten Satz von Art. 19 Abs. 4 und Art. 71 Abs. 3 LCAT/JU sowie Art. 54 Abs. 2 DPC/JU betreffend die Kostenverlegung bei offensichtlich unzulässiger oder offensichtlich unbegründeter Einsprache (dazu hinten IV.C.). Zudem teilte es deren Ansicht hinsichtlich der fehlenden genügenden Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage nicht.

¹⁰ BGE 143 II 467, 469 E. 2.1.

¹¹ BGE 143 II 467, 470 f. E. 2.2.

¹² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (SR 0.101).

ein Einspracheverfahren vorsehen, werde damit auch das rechtliche Gehör gewährt.¹³ Baugesuche müssten zwar nicht gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG öffentlich aufgelegt werden. Hingegen bestünden im Baubewilligungsverfahren Publizitäts- und Informationsverpflichtungen, die mit denjenigen der Nutzungsplanung durchaus vergleichbar seien, zumal das Baubewilligungsverfahren ebenfalls den Anforderungen von Art. 33 Abs. 3 RPG und Art. 29 Abs. 2 BV zu entsprechen habe.¹⁴

Das jurassische Recht kennt, wie erwähnt, sowohl im Bereich der Nutzungsplanung als auch der Baubewilligung ein Einspracheverfahren mit vorgängiger öffentlicher Auflage. Dieses Verfahren dient nach Ansicht des Bundesgerichts einerseits der Mitwirkung der betroffenen Bürger und andererseits dem Anspruch auf rechtliches Gehör sowie dem Rechtsschutz Dritter. Schliesslich stelle es eine Entscheidungshilfe für die Behörde dar, indem es ihr ermögliche, in voller Kenntnis der Konstellation sowie der Einwände sachlicher und rechtlicher Art zu entscheiden. Auf dieser Basis könnten fundierte Entscheide getroffen werden, insbesondere wenn diese eine Interessenabwägung voraussetzten.¹⁵ Vor diesem Hintergrund qualifiziert das Bundesgericht das Einspracheverfahren im jurassischen Nutzungsplan- und Baubewilligungsverfahren als nichtstreitig. Es füge sich akzessorisch in einen vom Planungsorgan bzw. der Eigentümerschaft eingeleiteten Prozess ein: *«On peut aussi considérer qu'elle s'inscrit de façon accessoire dans le cadre d'une procédure initiée par la collectivité publique s'agissant de la planification ou par un propriétaire dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire.»*¹⁶

b) Folgen für die Kostenauflegung

In einem nächsten Schritt setzt sich das Bundesgericht mit den Folgen des erwähnten Befundes für die Kostenauflegung auseinander. In raumplanerischen Verfahren sei die öffentlich-rechtliche Körperschaft Urheberin des Projekts; daher obliege es aufgrund des Verursacherprinzips (*«principe de causalité»*) ihr (bzw. den Eigentümern, die die neue Planung beantragt haben und von ihr profitieren wollen), die Kosten der öffentlichen Auflage und der Behandlung der Einsprachen zu übernehmen. Im Baubewilligungsverfahren gingen die Kosten der öffentlichen Auflage des Baugesuchs grundsätzlich zu Lasten des Gesuchstellers. Nach dem Störerprinzip (*«principe du perturbateur»*) habe nicht der Einsprecher die Kosten der zum Hauptgesuch akzessorischen Einsprache zu übernehmen. Das Bundesgericht stützt sich in diesem Kontext neben den erwähnten Prinzipien ergänzend auf die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (*«principe généraux de procédure administrative»*), wonach die Verfahrenskosten nur demjeni-

¹³ BGE 143 II 467, 470 f. E. 2.2.

¹⁴ BGE 143 II 467, 472 E. 2.3.

¹⁵ BGE 143 II 467, 473 E. 2.4.

¹⁶ BGE 143 II 467, 473 E. 2.5.

gen auferlegt werden könnten, der sie verursacht habe. Neben einem Hinweis auf Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG¹⁷ bezieht es sich dabei auf Art. 218 CPA/JU¹⁸, wonach die Verfahrenskosten vom Gesuchsteller oder demjenigen, der sie durch sein Verhalten provoziert hat, getragen werden (Abs. 1). Dem Einsprecher werden die Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn er die Verfahrensregeln verletzt oder mutwillig gehandelt hat (Abs. 2).¹⁹ Schliesslich schlägt das Bundesgericht einen Bogen zu den Verfahrensgrundrechten und erwägt, dass Personen, die in ein Verwaltungsverfahren verwickelt seien, ohne es angestrebt zu haben, ihr Gehörsrecht nur angemessen ausüben könnten, wenn damit kein finanzielles Risiko verbunden sei, da ein solches eine abschreckende Wirkung («*chilling effect*») entfalten würde. Einsprechende dürften daher grundsätzlich nicht mit einer Kostenaufgabe rechnen, auch wenn sie im Einspracheverfahren unterliegen. Die im streitigen Verfahren üblichen Kostenverteilungsregeln könnten vielmehr erst im nachfolgenden Verfahren zur Anwendung gelangen.²⁰

B. Ausnahme

In der Folge stellt das Bundesgericht allerdings klar, dass die Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für die Einsprecher nicht absolut gelte. Vielmehr anerkennt es unter Bezugnahme auf Art. 41 OR²¹ eine Ausnahme: Das kantonale Recht könne nämlich vorsehen, dass die Kosten einem Einsprecher dann auferlegt werden, wenn dessen Vorgehen als derart missbräuchlich erscheint, dass es ihn aufgrund von Art. 41 OR haftbar werden lasse. Dies sei gemäss Rechtsprechung bei Schuldhaftigkeit oder grober Fahrlässigkeit der Fall. Im Übrigen gelte eine Verfahrenshandlung dann als unrechtmässig, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse oder als böswillig erscheine. Der Rechtsmissbrauch müsse allerdings offensichtlich sein (Art. 2 Abs. 2 ZGB²²); nicht ausreichend sei, dass auf eine Einsprache nicht eingetreten werden kann oder sie un begründet ist.²³

¹⁷ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

¹⁸ Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative, CPA) des Kantons Jura vom 30. November 1978 (RSJU 175.1).

¹⁹ BGE 143 II 467, 473 E. 2.5.

²⁰ BGE 143 II 467, 473 E. 2.6.

²¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 2011 (SR 220).

²² Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

²³ BGE 143 II 467, 474 E. 2.7.

C. Einordnung mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung

Das Bundesgericht leitet die Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens zunächst, wie erwähnt, aus verschiedenen Prinzipien, namentlich dem Verursacher- und dem Störerprinzip, sowie den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens ab.²⁴ Dass es in diesem Kontext nicht auf Rechtsprechung (oder Literatur) verweist, erstaunt nicht, wurde die gesetzliche Normierung der Kostenverlegung in den Kantonen bis anhin – soweit ersichtlich – doch auch nicht unter Bezugnahme auf diese Prinzipien korrigiert oder thematisiert.²⁵

Daneben verfolgt das Bundesgericht eine grundrechtliche Argumentationslinie, wenn es festhält, die effektive Geltung des Gehörsrechts bedinge, dass damit kein Kostenrisiko verbunden sei.²⁶ Der in diesem Kontext zitierte BGE 122 II 274 betraf die Kostenverlegung für die Einsprache in einem Waldfeststellungsverfahren. Diese Konstellation ist insofern nicht gänzlich mit der vorliegend interessierenden vergleichbar, als die «Einsprache gegen die Waldfeststellung nicht der formalisierten Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor einer erstinstanzlichen Entscheidung bzw. verbindlichen Planfestsetzung [dient]; sie ist vielmehr ein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne»²⁷. Parallelen bestehen allerdings insofern, als die Anhörung der Betroffenen erstmalig im Einsprache- bzw. im Rechtsmittelverfahren zugelassen wird. Ausschlaggebend ist damit in beiden Konstellationen, dass keine vorgängige Anhörung stattgefunden hat (wobei das Bundesgericht in BGE 122 II 274 offen liess, ob im Waldfeststellungsverfahren das rechtliche Gehör zulässigerweise erst im Rechtsmittelstadium gewährt werden kann²⁸).

Reiche Praxis zu den Konsequenzen von Art. 29 Abs. 2 BV für die Kostenauflegung im Rechtsmittelstadium besteht schliesslich im Kontext von Gehörsverletzungen: So dürfen gemäss ständiger Rechtsprechung (unter Vorbehalt der Trölerlei und des Rechtsmissbrauchs) keine Kosten überbunden werden, wenn ein Rechtsmittel ergriffen werden muss, um erstmals gehört zu werden.²⁹ Ähnlich präsentiert sich die Situation, wenn die Betroffenen zwar Stellung nehmen konnten, sie mangels einer adäquaten Begründung jedoch gezwungen sind, über den Rechtsmittelweg die Beweggründe des Gemeinwesens in Erfahrung zu bringen. Die Rechtsmittelbehörde muss diesen Umstand bei der Verfahrenskostenverlegung berücksichtigen, selbst wenn die Gehörsverletzung im Rechtsmit-

²⁴ BGE 143 II 467, 473 E. 2.5.

²⁵ Siehe zur Kritik an dieser Argumentation hinten III.B.2.a).

²⁶ BGE 143 II 467, 473 E. 2.6.

²⁷ BGE 122 II 274, 286 E. 6a.

²⁸ BGE 122 II 274, 287 E. 6b.

²⁹ Für einen Entscheid ausserhalb des Raumplanungs- und Baurechts siehe BGer, Urteil 1C_233/2007 vom 14. Februar 2008, E. 2.1.3.

telverfahren geheilt werden kann und die Rechtsmittelführenden in materieller Hinsicht vollumfänglich unterliegen.³⁰

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht im Entscheid 143 II 467 erstmals in grundsätzlicher Weise mit der Kostentragung der Einsprecher in raumplanungs- und baurechtlichen Verfahren befasst hat. Zwar war es bereits einmal mit einer vergleichbaren Konstellation konfrontiert, als es die Kostenaufgabe in einem Luzerner Fall zu beurteilen hatte.³¹ Gemäss § 212 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes (PBG/LU)³² trägt der Einsprecher, der im Baubewilligungs- oder Gestaltungsplanverfahren unterliegt oder auf dessen Einsprache nicht eingetreten wird, die dadurch verursachten amtlichen Kosten.³³ Als willkürlich gerügt wurde im erwähnten Fall die Verpflichtung zur Begleichung bestimmter Aufwendungen; mangels entsprechender Rüge nicht Gegenstand war demgegenüber die Kompatibilität dieser Bestimmung mit Art. 29 Abs. 2 BV. Dass das Bundesgericht damals noch eine andere Ansicht bezüglich des Verhältnisses zwischen der Kostenaufgabe und dem rechtlichen Gehör vertrat, bleibt indes nicht verborgen, rechtfertigte es die Verrechnung einer bestimmten Abklärung zu Lasten des Einsprechers doch gerade unter Hinweis auf den Gehörsanspruch: «Der Beschwerdeführer hat es sich letztlich selbst zuzuschreiben, dass er in diesem Rahmen ein umfangreiches Tätigwerden der Baukontrolle wünschte, bevor er in die Akten Einsicht nahm. Es diene der Gewährung des rechtlichen Gehörs, dass die Gemeinde diesem Anliegen statt gab. Demzufolge wurde er auch zu Recht als Verursacher des ganzen damit verbundenen Aufwands eingestuft.»³⁴

Dass nach allgemeiner Ansicht eine Kostenauflegung an den unterliegenden Einsprecher bislang als zulässig galt, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass dies der Rechtslage in verschiedenen Kantonen entsprach³⁵ und die Verfassungsmässigkeit der betreffenden Normen vor BGE 143 II 467 nicht vor Bundesgericht in Zweifel gezogen wurde. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass in der Literatur zum Umgang mit missbräuchlichen Rechtsmitteln im Sinne einer Alternative zur haftungsrechtlichen Sanktionierung verschiedentlich eine Erhöhung der vom Unterlieger zu tragenden Kosten gefordert wird, ohne dass das Einspracheverfahren davon ausgenommen würde.³⁶ Dies impliziert zu-

³⁰ Statt vieler BVGer, Urteil A-6377/2013 vom 12. Januar 2015, E. 5 mit weiteren Hinweisen.

³¹ BGer, Urteil 1P.317/2005 vom 13. September 2005.

³² Planungs- und Baugesetz (PBG) des Kantons Luzern vom 7. März 1989 (SRL 735).

³³ Diese Bestimmung ist nach wie vor in Kraft; sie wird mangels Verfassungsmässigkeit indes nicht mehr angewendet. Siehe den Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 16. November 2018, LGVE 2018 IV Nr. 20 und dazu hinten IV.A.1.

³⁴ BGer, Urteil 1P.317/2005 vom 13. September 2005, E. 2.3.

³⁵ Siehe neben dem bereits erwähnten § 212 Abs. 2 PBG/LU exemplarisch § 96 Abs. 2 Raumplanungsgesetz vom 6. Dezember 2004 für den Kanton Graubünden. Dazu auch hinten IVA.1.

³⁶ Siehe exemplarisch CASANOVA Hugo, La réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction, *Baurecht* 1986, S. 75–80, 80; GADOLA Attilio R., Die unbegründete Dritt-

mindest, dass die Kostenaufgabe an die unterliegenden Einsprecher auch seitens der Literatur kaum in Frage gestellt wurde.

III. Verwaltungsverfahrenrecht zwischen kantonaler Autonomie und bundesrechtlichen Vorgaben

A. Ausgangspunkt: Kantonale Verfahrensautonomie

Der vorliegend interessierende Entscheid hat zur Folge, dass verschiedene Kantone verfahrensrechtliche Bestimmungen modifizieren oder ihre diesbezügliche Praxis anpassen müssen, um sie in Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben zu bringen.³⁷ Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit Blick auf die kantonale Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts zu reflektieren.

Anders als für das Zivil- und das Strafprozessrecht, das per 1. Januar 2011 einer einheitlichen bundesrechtlichen Regelung unterzogen wurde, wird für das Verwaltungsverfahren- und das Verwaltungsprozessrecht eine gesamtschweizerische Lösung nach wie vor abgelehnt.³⁸ Dass den Kantonen bei deren Normierung Autonomie zukommt, galt unter der Verfassung von 1874 als ungeschriebenes Verfassungsprinzip.³⁹ Heute wird die kantonale Verfahrensautonomie aus verschiedenen Bestimmungen, insbesondere aus Art. 3, Art. 46 Abs. 2, Art. 47 Abs. 2 und Art. 51 BV, abgeleitet.⁴⁰ Für das Raumplanungsrecht

beschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, *ZBl* 95 (1994), S. 97–129, 125 ff.; LUSTENBERGER Erik, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, *BR* 2006, S. 36–41, 38; MARTI Arnold, Beschränkte Haftung unterliegender Dritter im bau- und planungsrechtlichen Verfahren, in: Böhme/Gähwiler/Theus Simoni/Zuberbühler (Hrsg.), *Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 345–357, 356, alle mit weiteren Hinweisen.

³⁷ Siehe dazu auch hinten IV.A.1.

³⁸ Siehe zu den Gründen die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, *BB1* 1997 I S. 1 ff., 517 f.

³⁹ Statt vieler SALADIN Peter, Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone, in: Esterbauer/Kalkbrenner/Mattmüller/Riemheld (Hrsg.), *Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, Festschrift für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, S. 339–355, 341.

⁴⁰ Statt vieler BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 47 N. 8; vgl. auch KIENER Regina / RÜTSCHKE Bernhard / KUHN Matthias, *Öffentliches Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, N. 68.

bekräftigt Art. 25 Abs. 1 RPG, wonach die Kantone Zuständigkeiten und Verfahren ordnen, diese Grundsätze.⁴¹

B. Bundesrechtliche Vorgaben

1. Überblick

Die kantonale Verfahrensautonomie gilt nicht uneingeschränkt. Im Hinblick auf die Zulässigkeit von sogenanntem gemeineidgenössischem öffentlichem Prozessrecht⁴², welches den kantonalen Gestaltungsspielraum limitiert, wird gemeinhin differenziert: Soweit kantonales materielles Recht Anwendung findet, bedürfen Einwirkungen auf das kantonale Verfahrens- und Prozessrecht einer Grundlage in der Verfassung.⁴³ Im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht kann demgegenüber auch der Bundesgesetzgeber Regeln für die kantonale Organisation und das Verfahren aufstellen. Ursächlich dafür ist, dass aus der materiellen Gesetzgebungskompetenz des Bundes – im Sinne einer «implied power» oder «pouvoir implicite» – auch eine solche zur Statuierung von Regeln für die kantonale Organisation und das Verfahren abgeleitet wird.⁴⁴ In der Literatur wird daher teilweise zwischen der kantonalen Organisations- und Verfahrensautonomie beim Vollzug des kantonalen Verwaltungsrechts und der lediglich bedingten kantonalen Organisations- und Verfahrenshoheit beim Vollzug von Bundesverwaltungsrecht unterschieden,⁴⁵ während andernorts die Begriffe der Hoheit und der Autonomie als Synonym verwendet⁴⁶ oder unter Hinweis auf die Autonomie beide Konstellationen beschrieben werden.⁴⁷ Der Bund darf allerdings auch in seinem Kompetenzbereich nicht nach Belieben legiferieren; vielmehr ist dies nur so weit zulässig «als es zur Erfüllung der Bundesaufgabe und zur Erfüllung materieller Prinzipien des Bundesverfassungsrechts unerlässlich erscheint».⁴⁸

⁴¹ Zur Reichweite dieser Norm siehe Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 1978 zu einem Bundesgesetz über die Raumplanung, BBl 1978 I S. 1006 ff., 1029.

⁴² Zu diesem Begriff statt vieler GRIFFEL Alain / RAUSCH Heribert, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Aufl.*, Zürich/Basel/Genf 2011, Vorbemerkungen zu Art. 54–57 N. 12.

⁴³ Vgl. KÖLZ Alfred / KOTTUSCH Peter, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren: Eine Problemübersicht, *ZBl* 79 (1978), S. 421–458, 430.

⁴⁴ SALADIN (Fn. 39), S. 350; DERS., Bund und Kantone, *ZSR* 103 (1984) II, S. 431–590, 504.

⁴⁵ KÖLZ/KOTTUSCH (Fn. 43), S. 522; MARTI Arnold, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrecht und das öffentliche Recht, *ZBl* 108 (2007), S. 237–275, 240.

⁴⁶ SALADIN (Fn. 39), S. 495.

⁴⁷ RHINOW René / KOLLER Heinrich / KISS Christina / THURNHERR Daniela / BRÜHL-MOSER Denise, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014, N. 14; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 40), N. 68.

⁴⁸ SALADIN (Fn. 39), S. 350.

Allgemeine Anforderungen an das kantonale Recht gehen insbesondere von den Verfahrensgarantien der BV, den Verfahrens- und Prozessgesetzen des Bundes sowie von Art. 6 EMRK aus.⁴⁹ Daneben finden sich vereinheitlichende Vorgaben in Spezialgesetzen des Bundes, die teilweise einen gewissen Umsetzungsspielraum belassen. Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel der bereits erwähnten Art. 4 und Art. 33 RPG: Art. 4 Abs. 1 und 2 RPG erteilen den Kantonen zwar einen Gesetzgebungsauftrag; es obliegt indes diesen, die Art und Weise der Information zu bestimmen sowie die zuständigen Behörden zu benennen. Auch unter Art. 33 RPG steht es den Kantonen mangels bundesrechtlicher Konkretisierung frei, die praktischen Modalitäten der öffentlichen Auflage zu bestimmen. Allerdings müssen die gesetzlich eingeräumten Spielräume unter Berücksichtigung des übergeordneten Rechts, namentlich der Verfahrensgrundrechte, ausgefüllt werden.

2. Anknüpfungspunkte für die Kostenauflegung bei der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht

a) Prinzipien und Grundsätze

Stellt man die bundesgerichtliche Argumentation im Entscheid 143 II 467 auf den Prüfstand, so ist zu differenzieren zwischen der Berufung einerseits auf das Verursacher- und Störerprinzip bzw. die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens⁵⁰ und andererseits auf das rechtliche Gehör als Verfahrensgarantie⁵¹.

Keine überzeugenden Argumente für die Beschränkung der kantonalen Verfahrenautonomie liefern das Störer- und das Verursacherprinzip. Als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in persönlicher Hinsicht besagt Ersteres, dass sich polizeiliche Massnahmen lediglich gegen den Störer und «nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten» dürfen.⁵² Abgesehen davon, dass sich die Einreichung eines Bauprojekts und die Initiierung einer Planänderung kaum als Begründung eines polizeiwidrigen Zustandes bezeichnen lassen, geht es bei der Kostenauflegung ohnehin nicht um die Beseitigung einer unerwünschten Situation. Die Berufung auf ein

⁴⁹ Eingehend dazu THURNHERR Daniela, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonomer Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2015, S. 217–255, 220 ff.

⁵⁰ Siehe BGE 143 II 467, 473 E. 2.5.

⁵¹ Siehe BGE 143 II 467, 473 f. E. 2.6; dazu nachfolgend III.B.2.b).

⁵² HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N. 2608; siehe statt vieler auch MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, Vol. I: *Les fondements*, 3. Aufl., Bern 2012, S. 828 f.; TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018, N. 561; TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 56 N. 28.

Prinzip, das nicht auf die zu klärende Konstellation zugeschnitten ist, rechtfertigt eine Beschränkung des kantonalen Regelungsspielraums zweifellos nicht. Was das Verursacherprinzip anbelangt, ist zu beachten, dass dieses zwar auch die Kostentragung betrifft, ihm dabei aber nicht die Qualität eines eigenständigen, aus der Verfassung abgeleiteten Grundsatzes zukommt. Vielmehr setzt seine Geltung eine explizite spezialgesetzliche Normierung voraus.⁵³ Daher lässt sich die Beschränkung des kantonalen Regelungsspielraums auch nicht unter Berufung auf dieses Prinzip rechtfertigen.

Kritisch zu würdigen ist sodann die Behauptung der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsverfahrens, wonach die Verfahrenskosten ausschliesslich dem Verursacher auferlegt werden können. Erstens ist nicht ersichtlich, woraus sich ein solcher Grundsatz ableiten liesse. Zweitens statuieren Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG, die zu dessen Illustration herangezogen werden, gerade nicht ein irgendwie geartetes Verursacherprinzip im Verwaltungsverfahren. Diese Norm gilt nach unbestrittener Ansicht nämlich ausschliesslich für das Beschwerdeverfahren und nicht für das (vorliegend relevante) nichtstreitige Verwaltungsverfahren.⁵⁴ Zudem findet in Abs. 1 ohnehin nicht das Verursacher-, sondern das Unterliegerprinzip Ausdruck.⁵⁵ Auch der eine andere Situation regelnde Abs. 3, wonach der obsiegenden Partei ausnahmsweise Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn diese durch Verletzung von Verfahrenspflichten (beispielsweise von Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG) verursacht worden sind, lässt sich nicht als Indiz für die Existenz des vom Bundesgericht behaupteten Grundsatzes heranziehen. Unbehelflich ist in diesem Kontext schliesslich der Hinweis auf § 218 des jurassischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (CPA/JU). Selbst wenn sich daraus ein Verursacherprinzip ableiten liesse, wäre es dem kantonalen Gesetzgeber unbenommen, auf spezialgesetzlicher Ebene davon abzuweichen.

⁵³ Siehe statt vieler DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014, N. 1315; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 52), § 56 N. 36 f.

⁵⁴ Statt vieler BEUSCH Michael, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), *VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 63 N. 1; MAILLARD Marcel, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 63 N. 1. Für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren besagt Art. 46a RVOG (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010), dass der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen erlässt. Gestützt darauf erging die Allgemeine Gebührenverordnung (Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV] vom 8. September 2004, SR 172.041.1). Wo angebracht (namentlich wenn das Verfahren Ähnlichkeiten mit dem Klageverfahren aufweist), gilt auch hier das Unterliegerprinzip. Siehe dazu KÖLZ Alfred / HÄNER Isabelle / BERTSCHI Martin, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 651 und 653.

⁵⁵ Statt vieler BEUSCH (Fn. 54), Art. 63 Titel vor N. 8; MAILLARD (Fn. 54), Art. 63 Titel vor N. 12.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich keines der erwähnten Prinzipien und keiner der angeführten Grundsätze bei näherer Betrachtung als Grundlage für eine Verpflichtung an die Adresse der Kantone zur Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für die Einsprecher heranziehen lässt.

b) Gehörsrecht

Überzeugender ist der Hinweis auf die Implikationen eines Kostenrisikos für die effektive Wahrnehmung des Gehörsrechts. Zwar ist die Ausübung von Grundrechten nicht per se kostenlos: So muss beispielsweise derjenige, der ein die Rechtsweggarantie implementierendes Rechtsmittel ergreift, im Falle seines Unterliegens in der Regel die Verfahrenskosten tragen.⁵⁶ Sodann darf die Ausübung ideeller Grundrechte mit (wenngleich ihrem Gehalt entsprechenden tiefen) Gebühren verbunden werden.⁵⁷ Auch in diesen Konstellationen können die Kostenfolgen den (auch vom Bundesgericht erwähnten) «*chilling effect*»⁵⁸ entfalten. Es bestehen indes gute Gründe, bei der Gehörsgewährung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren unabhängig vom Verfahrensausgang von der Kostenauflegung an die Einsprecher abzusehen: Erstens handelt es sich beim rechtlichen Gehör im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren um die niederschwelligste Form der Partizipation, die *conditio sine qua non* für die Subjektstellung im Verfahren bildet und Drittbetroffenen die erstmalige Artikulation des eigenen Standpunkts ermöglicht, dessen Berücksichtigung regelmässig mitausschlaggebend für den Entscheid hinsichtlich der weiteren Verfahrensbeteiligung ist. Zweitens führt es zu einer Optimierung der Ent-

⁵⁶ Siehe beispielsweise für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Art. 37 VGG (Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz] vom 17. Juni 2005, SR 173.32) i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG. Zur letztgenannten Bestimmung auch vorne III.B.2.a). Immerhin verlangt das Bundesgericht, dass die Gebühren die Inanspruchnahme der aus der Rechtsweggarantie fließenden Leistungen nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren (BGer, Urteil 2C_513/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 3.1).

⁵⁷ Siehe exemplarisch BGE 143 I 147, 153 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁸ Ursprünglich wurde der in der Verfassungsdoktrin der Vereinigten Staaten entwickelte «*chilling effect*» definitorisch auf das First Amendment beschränkt. Siehe SCHAUER Frederick, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the «Chilling Effect»*, Boston University Law Review 58 (1978), S. 685–732, 693: «A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from doing so by governmental regulation not specifically directed at that protected activity.» Eingehend zum «*chilling effect*» in der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten STABEN Julian, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, Diss. Hamburg, Tübingen 2016, S. 42 ff.; zur Rezeption in der schweizerischen Literatur SCHEFER Markus, *Gefährdung von Grundrechten – Eine grundrechtsdogmatische Skizze*, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), *Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Bern/Basel/Genf/München 2004, S. 441–480, 449 ff.

scheidgrundlagen, von der auch die zuständigen Behörden profitieren.⁵⁹ Und drittens gründet der kostenpflichtige Sachverhalt, anders als bei der Ausübung ideeller Grundrechte, letztlich nicht auf der Initiative der Einsprecher, sondern ist auf Bestrebungen der Initianten eines Projekts baulicher oder planerischer Natur zurückzuführen.

Auch vor diesem Hintergrund erweist sich die Kostenlosigkeit des Einspracheverfahrens für den Einsprecher allerdings nicht als zwingend. Dem Bundesgericht ist es allerdings nicht verwehrt, eine Grundrechtskonkretisierung vorzunehmen, die sich auch auf den Kostenpunkt auswirkt. Dabei hat in methodischer Hinsicht keine Abwägung mit der kantonalen Verfahrensautonomie stattzufinden; da sich die Kantone bei der Ausgestaltung ihrer Verfahren an das übergeordnete Recht zu halten haben, stellt sich in einem ersten (isolierten) Schritt vielmehr die Frage nach der Reichweite des Letztgenannten. Bei deren Klärung wären allerdings durchaus konträre Belange in die Waagschale zu werfen, etwa die Möglichkeit, die Kosten in diesem Stadium als Korrektiv für den im Übrigen gut ausgebauten Rechtsschutz wirken zu lassen.⁶⁰ Sieht man vom Hinweis auf den *«chilling effect»* ab, fällt die bundesgerichtliche Begründung äusserst knapp aus. Dass sich das Bundesgericht in keinerlei Weise mit Gegenargumenten auseinandersetzt, irritiert, zumal der Kanton Jura auf eine langjährige Praxis auch in anderen Kantonen verweisen konnte.

Die Argumente für die Entbindung des Einsprechers von der Kostentragungspflicht, machen deutlich, dass das Einspracheverfahren nicht mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit verglichen werden kann, wengleich regelmässig Private mit konträren Interessen involviert sind. Hieran anknüpfende Argumentationslinien, wie sie beispielsweise das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen in der Vergangenheit verfolgt hat, lassen sich daher nicht mehr aufrechterhalten. Die Möglichkeit, dem Einsprecher, der im bisherigen Baubewilligungsverfahren noch nicht hatte mitwirken können, Verfahrenskosten zu überbinden, begründete dieses mit dem Argument, dass sich im Baueinspracheverfahren wie bei einer zivilrechtlichen Streitigkeit «zwei Parteien auf gleicher Ebene mit entgegengesetzten Interessen» gegenüberstünden. «Sowohl der Baugesuchsteller, der ein Bauvorhaben realisieren» wolle, «als auch der Einsprecher, der sich dagegen» wehre,

⁵⁹ Zur dualen Natur des rechtlichen Gehörs, die einerseits eine Degradierung zum Objekt verhindert und andererseits optimierte tatsächliche Entscheidungsgrundlagen ermöglicht, statt vieler BGE 144 I 11, 17 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen. Siehe zu den Funktionen der Verfahrensgrundrechte auch THURNHERR Daniela, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013, N. 196 ff. Spezifisch zur Bedeutung des Gehörsrechts in der Nutzungsplanung HALLER Walter, Das rechtliche Gehör bei der Festsetzung von Raumplänen, in: Cagianut/Geiger/Hangartner/Höhn (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts*, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 367–380, 373.

⁶⁰ Siehe zur Relevanz der Kosten für die Eindämmung aussichtsloser Baueinsprachen die Hinweise in Fn. 36.

machten im Einspracheverfahren aus ihren Eigentumsrechten abgeleitete Ansprüche geltend. Da «das Recht auf Baufreiheit des Grundeigentümers und das Abwehrrecht des Nachbarn gleichwertig» seien, liesse sich nicht vertreten, «dass dem Einsprecher insofern das bessere Recht zukommen» solle, «indem er sich ohne Kostenrisiko gegen ein Bauprojekt stellen» könne.⁶¹ Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen verkannte in diesem Entscheid die Natur des Einspracheverfahrens, das es Dritten aufgrund ihrer faktischen Betroffenheit ermöglicht, ihre Position in einem Verfahren zu artikulieren, das nicht von ihnen angestossen wurde.

IV. Kantonaler Spielraum

A. Reichweite der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Zentrale Bedeutung des Gehörsrechts

Eine isolierte Betrachtung der Erwägung 2.5 von BGE 143 II 467 könnte zum falschen Schluss verleiten, dass in bau- und planungsrechtlichen Angelegenheiten stets der Verursacher, mithin der Baugesuchsteller oder die Planungsbehörde, die Verfahrenskosten zu tragen hat. Dies ist zweifellos nicht der Fall: Abgesehen davon, dass im Rechtsmittelverfahren, wie erwähnt, gemeinhin das Unterliegerprinzip gilt,⁶² betont das Bundesgericht, dass es sich beim jurassischen Einspracheverfahren um ein nichtstreitiges Verwaltungsverfahren handle.⁶³ Darüber hinaus kommt dem Argument der niederschweligen Gewährung des Gehörsrechts zentrale Bedeutung zu, was sich auch aus der Bezugnahme auf BGE 122 II 274 betreffend das Waldfeststellungsverfahren ableiten lässt. Vor diesem Hintergrund ist BGE 143 II 467 so zu verstehen, dass jedenfalls dann von einer Kostenauflegung an den unterliegenden Einsprecher abzusehen ist, wenn die Einsprache als nichtstreitiges Verfahren zu gelten hat und dem Einsprecher dabei zum ersten Mal das rechtliche Gehör gewährt wird. Eine davon abweichende Regelung, beispielsweise die Auflegung der Einsprachekosten nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens, ist hingegen dann weiterhin zulässig, wenn sich der Einsprecher bereits früher Gehör verschaffen konnte.

Konsequenzen zeitigt dieser Entscheid daher für jene Kantone, die im Planungs- und Baubewilligungsverfahren das rechtliche Gehör erst im Rahmen der Einsprache ermögli-

⁶¹ Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Entscheid vom 25. Oktober 2000, GVP 2000 Nr. 51, S. 135, 138.

⁶² Siehe dazu vorne III.B.2.a).

⁶³ BGE 143 II 467, 473 E. 2.5.

chen. Im Nachgang dazu wurden denn auch bereits entsprechende Verfahren eingeleitet. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden verzichtete in einem Entscheid vom März 2018 aufgrund des Widerspruchs zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Anwendung von Art. 96 Abs. 2 KRG/GR⁶⁴.⁶⁵ Rund einen Monat später hatte sich dasselbe Gericht mit der identischen Fragestellung zu befassen. Auch in diesem Entscheid nahm es zunächst auf BGE 143 II 467 Bezug, erörterte die Entstehungsgeschichte der strittigen Gesetzesbestimmung und konstatierte, es müsse «sich an die in Ausführung der Grundsatzgesetzgebung des Bundes erlassenen, kantonalen Plan- und Bauvorschriften (vgl. Art. 75 Abs. 1 BV) [...] halten, soweit diese den Zielen und Grundsätzen des Bundesgesetzes entsprechen». Anschliessend hielt es allerdings fest, die vom Bundesgericht in BGE 143 II 467 dargelegten «Grundsätze zu den Mitwirkungsrechten» blieben «selbst mit der Überwälzung einer angemessenen Amtsgebühr an die Einsprecher im Unterliegensfall noch gewahrt». Die Einsprecher würden «in der Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte nämlich nicht gehindert, solange die Gemeinden von den Einsprechern vernünftige Gebühren für die Behandlung unbegründeter Einwände erheben». Daran anknüpfend erachtete das Gericht eine «angemessene Kostenüberwälzung auf die Einsprecher bei Abweisung oder Nichteintreten ihrer Einsprache [...] nicht nur in Fällen [für gerechtfertigt], in denen die Einsprecher ihre eigenen subjektiven Ansichten vertreten (z.B. im Zusammenhang mit Ästhetikvorschriften) oder wo sie etwa in unbegründeter Weise die Tauglichkeit von Beweismitteln kritisieren, sondern auch in solchen, in denen ihre Einwände zu einer besseren rechtlichen Würdigung der Baubewilligung beitragen».⁶⁶ In der Folge gelangte es zum Schluss, «die Erhebung einer kleinen Gebühr» solle «lediglich der Abdeckung der amtlichen Kosten für die reine Behandlung der Einsprache dienen», während es «offensichtlich missbräuchlich» wäre, «die Kosten von Abklärungen, die sie [i.e. die Behörden] sonst auch ohne entsprechende Einsprache hätte vornehmen müssen, im Falle einer Gutheissung des Baugesuchs den Einsprechern zu überwälzen».⁶⁷ Das Verwaltungsgericht Graubünden erachtete sodann die Leistung einer angemessenen ausseramtlichen Entschädigung an die Gesuchstellenden als zulässig, da der erwähnte Bundesgerichtsentscheid «die Verpflichtung der Einsprecher zur Leistung einer Partei-

⁶⁴ Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden (KRG) vom 6. Dezember 2004 (BR 801.100). Die betreffende Bestimmung lautete: «Kostenpflichtig ist, wer den Aufwand durch Gesuche aller Art oder durch sein Verhalten verursacht hat. Die sich aus der Behandlung von Einsprachen ergebenden Kosten sind den Einsprechenden zu überbinden, wenn die Einsprache abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wird. Diesfalls können die Einsprechenden ausserdem zur Leistung einer angemessenen Entschädigung an die Gesuchstellenden verpflichtet werden.» Aufgrund des Widerspruchs zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde diese Bestimmung per 1. April 2019 revidiert.

⁶⁵ Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil R 17 37 vom 6. März 2018, E. 4.

⁶⁶ Diesbezüglich lässt sich insofern ein Widerspruch zum Vorstehenden ausmachen, als es sich dabei um Kosten für Abklärungen handelt, die die Baubewilligungsbehörde auch ohne entsprechende Einsprache hätte vornehmen müssen.

⁶⁷ Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil R 17 55 vom 10. April 2018, E. 9b/bb).

entschädigung an den obsiegenden Bauherrn nicht [untersage]». ⁶⁸ Bestätigung gefunden hat diese Rechtsprechung in einem rund einen Monat später ergangenen Urteil. ⁶⁹ In Anbetracht des klaren Widerspruchs zu BGE 143 II 467 erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht die Auferlegung der Verfahrenskosten an die Einsprecher auf Beschwerde hin aufhob. ⁷⁰ Nicht Gegenstand dieses Entscheids bildete die Frage der Parteientschädigung. ⁷¹

Eine grössere Bereitschaft, die bundesgerichtliche Rechtsprechung umzusetzen, zeigte das Kantonsgericht Luzern. Dieses identifizierte in § 212 Abs. 2 PBG/LU ⁷² eine dem Kanton Jura vergleichbare rechtliche Ausgangslage und setzte in der Folge die in BGE 143 II 467 begründete Rechtsprechung um. ⁷³

2. Baubewilligung

Fast alle Kantone kennen ein Einspracheverfahren im Sinne eines nichtstreitigen Einwendungsverfahrens zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs. ⁷⁴ Daher zeitigt die mit BGE 143 II 467 begründete Praxis Folgen für eine grosse Zahl der Kantone (wenngleich nicht überall Anpassungen erforderlich sind).

3. Nutzungsplanung

Auch im Nutzungsplanverfahren gilt aufgrund von BGE 143 II 467, dass die erstmalige Gewährung des Gehörsrechts im Rahmen einer Einsprache nicht mit Kosten belegt werden darf.

In Konstellationen, in denen die Einsprache nicht zeitgleich mit der Partizipation der Bevölkerung nach Art. 4 Abs. 2 RPG, sondern später stattfindet, stellt sich die Frage, ob und inwiefern die letztgenannten demokratischen Mitwirkungsrechte auch die Anforderungen des rechtlichen Gehörs erfüllen können. Wäre dies der Fall, müsste eine spätere Einsprache für den Einsprecher nicht zwingend kostenlos sein. Auszugehen ist dabei von

⁶⁸ Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil R 17 55 vom 10. April 2018, E. 9b/dd.

⁶⁹ Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil R 17 84 und R 17 85 vom 19. Juni 2018, E. 8.2.

⁷⁰ BGer, Urteil 1C_388/2018 vom 8. Januar 2019, E. 5.

⁷¹ Zur Relevanz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die ausseramtlichen Kosten hinten IV.B.3.

⁷² Diese Bestimmung lautet: «Wer als Einsprecher im Baubewilligungs- oder Gestaltungsplanverfahren unterliegt oder auf wessen Einsprache nicht eingetreten wird, trägt die dadurch verursachten amtlichen Kosten. Bei leichtfertigen oder trölerischen Einsprachen gilt dies auch für die weiteren Verfahrenskosten. Die Behörde kann vom Einsprecher einen angemessenen Vorschuss zur Sicherstellung der amtlichen Kosten verlangen.»

⁷³ Kantonsgericht Luzern, LGVE 2018 IV Nr. 20, E. 3.

⁷⁴ Siehe DUSSY David, Verfahren, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr (Hrsg.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht*, Zürich/Basel/Genf 2016, N. 7.120.

den Vorgaben, die Art. 33 Abs. 1 RPG für die öffentliche Planaufgabe statuiert. Diese beziehen sich einerseits auf den Gegenstand des Gehörsrechts und andererseits auf die Modalitäten der Anhörung bzw. die Reichweite der Partizipation.⁷⁵ Zum ersten Punkt ist festzuhalten, dass zwecks Ermöglichung der demokratischen Mitwirkung im Planungsverfahren in der Regel die Planentwürfe öffentlich aufgelegt werden.⁷⁶ Die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 RPG geht damit regelmässig über die Vorgaben von Art. 33 Abs. 1 RPG hinaus, der nicht fordert, dass bereits die Planentwürfe öffentlich aufgelegt werden.⁷⁷ Allerdings erreicht die Mitwirkung der Bevölkerung nach Art. 4 RPG nicht die Qualität des Gehörsrechts.⁷⁸ Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die Planungsbehörde die Stellungnahmen von Personen mit Parteistellung anders handhabt als jene der breiten Öffentlichkeit; dies bedarf allerdings einer gesonderten Behandlung der beiden Akteurguppen.⁷⁹ Wenn die zuständigen Behörden das rechtliche Gehör im Mitwirkungsverfahren angemessen und unentgeltlich gewähren, spricht nichts dagegen, einem unterliegenden Einsprecher im nachfolgenden Planaufgabe- und Einspracheverfahren bei Unterliegen Kosten aufzuerlegen.

Nicht möglich ist dies beispielsweise im Kanton Jura.⁸⁰ Anders präsentiert sich die Situation demgegenüber im Kanton Graubünden, wo sich die Betroffenen grundsätzlich bereits im Mitwirkungsverfahren vollumfänglich und unentgeltlich Gehör verschaffen können.⁸¹ Somit können im anschliessenden Rechtsmittelverfahren dem unterliegenden

⁷⁵ Siehe dazu GRIFFEL Alain, *Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, S. 243 f.; WALDMANN Bernhard / HANNI Peter, *Raumplanungsgesetz, Handkommentar*, Bern 2006, Art. 33 N. 4 ff.

⁷⁶ Siehe DUSSY (Fn. 74), N. 7.80.

⁷⁷ Siehe dazu weiter hinten unter diesem Titel.

⁷⁸ Siehe zu den zentralen Unterschieden WALDMANN/HÄNNI, (Fn. 75), Art. 4 N. 15.

⁷⁹ Dass dies möglich ist, zeigen jene Kantone, in denen das Mitwirkungs- und das Planaufgabeverfahren zeitgleich stattfinden. Siehe exemplarisch § 109 ff. Bau- und Planungsgesetz (BPG) des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 1999 (SG 730.100).

⁸⁰ Abgesehen davon, dass das kantonale Recht die Gemeinden bei einer erheblichen Plananpassung im Rahmen der ersten Mitwirkung nicht zu einer erneuten Partizipation verpflichtet, ist die kantonale Vorprüfung erst im Anschluss an die Mitwirkung vorgesehen (Art. 70 Abs. 1 LCAT/JU). Wesentliche Aspekte von Art. 29 Abs. 2 BV können daher erst im Rahmen des Planeinspracheverfahrens ausgeübt werden.

⁸¹ Nach der kantonalen Vorprüfung gemäss Art. 12 der Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden (KRVO) vom 24. Mai 2005 (BR 801.100) legt die Gemeinde den Nutzungsplanentwurf zusammen mit dem Planungsbericht sowie den weiteren erforderlichen Unterlagen während 30 Tagen im Rahmen der Mitwirkungsaufgabe öffentlich auf (Art. 13 Abs. 2 Satzteil 1 KRVO/GR). Gleichzeitig gibt sie die Auflage im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde sowie im Kantonsblatt bekannt (Art. 13 Abs. 1 Satzteil 2 KRVO/GR). Innert Auflagefrist kann die Bevölkerung Vorschläge und Einwendungen einbringen (Art. 13 Abs. 2 Satz 1 KRVO/GR). Die Planungsbehörde prüft die Vorbringen und nimmt dazu Stellung (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 KRVO/GR). Wird ein Plan nach der Mitwirkungsaufgabe wesentlich geändert, findet grundsätzlich eine zweite Auflage statt

Beschwerdeführer die Verfahrenskosten auferlegt werden,⁸² ohne dass Art. 29 Abs. 2 BV verletzt würde. Zu beachten ist allerdings, dass eine Plananpassung nach Abschluss des Mitwirkungsverfahrens, die zu neuen Einwänden Anlass geben kann, im Kanton Graubünden nicht zwingend eine neuerliche Mitwirkungsaufgabe gebietet.⁸³ In jenen Fällen, in denen auf eine erneute Auflage verzichtet wird, können die Betroffenen ihre Anliegen erstmals im Rechtsmittelverfahren artikulieren. Fraglich ist, ob sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren bezieht, auch Schlüsse hinsichtlich der Kostenfolgen des Anfechtungsverfahrens ableiten lassen. Dafür spricht, dass ansonsten keine kostenlose Gehörsvergewährung ermöglicht wird. Zudem bezieht sich der vom Bundesgericht zwecks Stützung seiner Argumentation zitierte BGE 122 II 274 ebenfalls auf das Rechtsmittelverfahren.

Das Bundesgericht stärkt mit BGE 143 II 467 daher das Gehörsrecht in der Nutzungsplanung, soweit es um die Kostenfolgen geht. Trotz Kritik seitens der Lehre⁸⁴ gilt es allerdings nach wie vor als zulässig, dass nur die bereits definitiv beschlossenen Pläne (nicht aber die Entwürfe) öffentlich aufgelegt werden. Dies hat zur Folge, dass die Betroffenen unter Umständen erst dann zu Wort kommen, wenn der planerische Entscheid bereits gefallen ist.⁸⁵ Die mit BGE 143 II 467 begründete Rechtsprechung verursacht daher insofern eine gewisse Wertungsinkongruenz, als das Bundesgericht zwar einen «*chilling effect*» verhindern will, bezüglich der Effektivität der Einflussnahme, für welche die zeitliche Komponente zentral ist, aber weit weniger streng ist. Aufgeworfen ist damit im Übrigen auch die Frage nach den Konsequenzen von BGE 143 II 467 für die Kostenauflegung im Rechtsmittelverfahren, wenn keine vorgängige Gehörsvergewährung stattge-

(Art. 13 Abs. 3 Satzteil 1 KRVO/GR). Das Ergebnis des oder der Mitwirkungsverfahrens wird zuhanden des beschlussfassenden Organs zusammengefasst (Art. 13 Abs. 2 Satz 3 KRVO/GR). Gegen einen vom zuständigen Gemeindeorgan definitiv angenommenen Plan kann keine Einsprache erhoben werden.

⁸² Siehe Art. 72 f. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) des Kantons Graubünden vom 31. August 2008 (BR 370.100).

⁸³ Siehe BGE 135 II 286, 291 E. 4.2.1.

⁸⁴ Siehe statt vieler HÄNNI Peter, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 6. Aufl., Bern 2016, S. 547 f.; HALLER (Fn. 59), S. 376 f.; HALLER Walter / KARLEN Peter, *Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht*, Band I: *Grundlagen – Raumplanungsrecht – Baurecht*, 3. Aufl., Zürich 1999, S. 113; MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011, S. 528.

⁸⁵ Siehe BGE 143 II 467, 470 E. 2.2; 135 II 286, 293 ff. E. 5; 114 Ia 233, 237 ff. E. 2c. Diese Auffassung wird mit der Konzeption des Gesetzes begründet, welches zwischen dem politischen Meinungsbildungsprozess als Voraussetzung der kompetenzgerechten Festsetzung der Nutzungspläne (Art. 4 RPG) und dem nachträglichen Rechtsschutz (Art. 33 RPG) unterscheidet, wobei Mischformen beider Institutionen, wie erwähnt, nicht ausgeschlossen sind. Siehe dazu statt vieler AEMISEGGER Heinz / HAAG Stephan, *Praxiskommentar zum Rechtsschutz in der Raumplanung*, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 33 N. 12; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 75), Art. 33 N. 7.

funden hat. Wie bereits im Zusammenhang mit der Praxis des Kantons Graubünden ausgeführt, lassen sich gute Gründe für die Kostenlosigkeit des Verfahrens auch im Rechtsmittelstadium anführen, sofern dieses die erstmalige Gehörsvergewährung ermöglicht.

B. Offensichtlich missbräuchliche Einspracheerhebung als Voraussetzung für die Kostenauflegung

1. Bezugnahme auf Art. 41 OR

Bei der Formulierung der Voraussetzungen, unter denen die Kantone die Verfahrenskosten ausnahmsweise dem Einsprecher auferlegen können, knüpft das Bundesgericht an Art. 41 OR an. In Anwendung dieser Bestimmung könne die Ausübung eines Verfahrensrechts (nur) dann haftungsrechtliche Konsequenzen zeitigen, wenn der Einsprecher vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt habe («s'il a agi par dol ou négligence grave»). Mit anderen Worten («Autrement dit») sei eine Verfahrenshandlung lediglich dann unrechtmässig, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse oder als bössartig zu qualifizieren sei («lorsqu'il apparaît contraire au principe de la bonne foi ou malveillant»), wobei der Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB offensichtlich sein müsse.⁸⁶

Dass sich die Tragweite dieser Erwägung nicht auf den ersten Blick erschliesst, hängt zum einen damit zusammen, dass Art. 41 OR gemeinhin im Kontext der (zivilrechtlichen) Haftung prozessierender Dritter gegenüber dem Baugesuchsteller für Schäden aufgrund der Tatsache oder der Art und Weise der Prozessführung zur Anwendung gelangt,⁸⁷ während vorliegend zu klären ist, in welchen Konstellationen ausnahmsweise das Unterliegerprinzip auch zu Lasten des Einsprechers greifen kann. Ursächlich ist zum andern, dass die bundesgerichtliche Formulierung in Erwägung 2.7 insbesondere mit Bezug auf das gegenseitige Verhältnis der erwähnten Voraussetzungen vage bleibt.

Die Adaption der von Art. 41 OR statuierten Haftungsvoraussetzungen auf die Tragung der Einsprachekosten verdient nichtsdestoweniger Zustimmung, ist das aufzulösende Spannungsverhältnis in beiden Konstellationen doch durchaus vergleichbar: Die Praxis zu Art. 41 OR im Kontext von Schädigungen aufgrund prozessualen Handelns schafft

⁸⁶ BGE 143 II 467, 474 E. 2.7.

⁸⁷ Eingehend dazu CASANOVA Hugo, *Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, insbesondere nach Art. 41 ff. OR*, Diss. Freiburg 1982; HONEGGER Jürg, *Schadenersatz und Baueinsprache, eine Abhandlung anhand des zürcherischen Baurechts im Hinblick auf eine Schadenersatzpflicht gemäss OR 41 I*, Diss. Zürich 1970; siehe auch CASANOVA (Fn. 36), S. 76 ff.; GADOLA (Fn. 36), S. 101 ff.; LUSTENBERGER (Fn. 36), S. 36 ff.; MARTI (Fn. 36), S. 350 ff.

nämlich einen Ausgleich zwischen dem grundrechtlich bzw. gesetzlich garantierten Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen einerseits und den legitimen Interessen des Bausuchstellers an der Deckung daraus resultierender Schäden andererseits. Sie stellt sicher, dass die Rechtssuchenden nicht aufgrund finanzieller Risiken von der Ergreifung von Rechtsmitteln abgehalten werden, ermöglicht aber dem Bausuchsteller in ausgewählten Konstellationen einen Ausgleich für den damit einhergehenden finanziellen Schaden.

Weil im vorliegend interessierenden Kontext nicht nach der zivilrechtlichen Haftung zu fragen ist, sondern die Sanktionierung eines verpönten Verhaltens mittels Allokation der Verfahrenskosten zur Diskussion steht, sind indes nicht alle Haftungsvoraussetzungen von Art. 41 OR relevant.⁸⁸ Hinfällig ist die Klärung des Schadens sowie der Kausalität, zumal die Reichweite der Kostentragung aus den gesetzlichen Bestimmungen zur Kostenverlegung im Einspracheverfahren resultiert und darüber hinaus regelmässig erstellt sein dürfte, dass die Verfahrenskosten aufgrund der nicht schutzwürdigen Einsprache entstanden sind.⁸⁹ Damit beschränken sich die Voraussetzungen für die Kostenverlegung auf die Widerrechtlichkeit und das Verschulden. Nicht anders als bei der haftungsrechtlichen Belangung beschwerdeführender Dritter stellen diese Kriterien auch im vorliegenden Kontext hohe Hürden für die Inanspruchnahme von Einsprechern mit unlauteren Motiven dar.⁹⁰ Die nachfolgend zu erörternden Voraussetzungen dürften daher nur in seltenen Fällen erfüllt sein.

Da die Rechtsordnung selbst Rechtsmittel zur Verfügung stellt und die Möglichkeit, sich gegen staatliche Akte zur Wehr zu setzen, elementarer Bestandteil des Rechtsstaats ist, darf nicht vorschnell auf die Widerrechtlichkeit von deren Ergreifung geschlossen werden.⁹¹ Vielmehr ist von der grundsätzlichen Rechtmässigkeit der Einspracheerhebung auszugehen.⁹² Der Umstand, dass ein Rechtsmittel abgewiesen wird oder darauf nicht eingetreten werden kann, begründet daher klarerweise keine Widerrechtlichkeit. Vielmehr muss ein Verstoss gegen eine aus der Rechtsordnung resultierende Verhaltensnorm

⁸⁸ Siehe zu den Haftungsvoraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR statt vieler KESSLER Martin A., in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basler Kommentar*, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 41 N. 2c ff.; SCHÖNENBERGER Beat, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 41 N. 2 ff.

⁸⁹ Bei mehreren Einsprechern, von denen nur ein Teil kostenpflichtig ist, ist allerdings der individuelle Anteil an der Verursachung der Kosten zu ermitteln. Insofern stellen sich durchaus Fragen der Kausalität.

⁹⁰ Siehe auch MARTI (Fn. 36), S. 351.

⁹¹ Dass die Rechtsordnung zwecks Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes Verzögerungsschäden in Kauf nimmt, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass den Rechtsmitteln im Baurecht zunächst von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Siehe dazu LUSTENBERGER (Fn. 36), S. 36.

⁹² So auch GADOLA (Fn. 36), S. 103.

vorliegen.⁹³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann lediglich die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 OR begründen.⁹⁴ Das Bundesgericht verweist im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs, wie erwähnt, auf Art. 2 Abs. 2 ZGB. Da sich diese Norm auf den Privatrechtsverkehr bezieht und es vorliegend um die Wahrnehmung des Gehörsrechts und damit um die Interaktion Privater mit staatlichen Behörden geht, wäre auch ein Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 BV⁹⁵ angezeigt gewesen.⁹⁶

Zusätzlich zur Widerrechtlichkeit muss seitens des Einsprechers Verschulden vorliegen. Auch bei der Konkretisierung dieses Erfordernisses ist zu vermeiden, dass aufgrund der Formulierung strenger Verhaltensanforderungen der Rechtsschutz geschmälert wird. Nach herrschender Auffassung, die auch in BGE 143 II 467, 474 E. 2.7 zum Ausdruck kommt, bedarf es eines absichtlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens bei der Ausübung der Verfahrensrechte, damit ein Verschulden bejaht werden kann. Als grobfahrlässig ist dabei jenes Handeln zu qualifizieren, das «die elementarsten Vorsichtspflichten ausser acht lässt, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen aufgedrängt hätten».⁹⁷

2. Mögliche Konstellationen

Missbrauchskonstellationen, in denen dem Einsprecher die Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, sind beispielsweise dann anzunehmen, wenn die Einsprache einzig mit dem Ziel erhoben wird, entweder die Realisierung eines Bauprojekts zu verzögern oder sich deren Rückzug in einer Weise entschädigen zu lassen, «die in keinem angemessen

⁹³ Siehe dazu CASANOVA (Fn. 87), S. 81 ff.; GADOLA (Fn. 36), S. 103, LUSTENBERGER (Fn. 36), S. 36; MARTI (Fn. 36), S. 353, alle mit weiteren Hinweisen.

⁹⁴ Siehe BGer, Urteil 4C.119/1996 vom 21. Januar 1997; dazu SCHALTEGGER Simon, Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschäden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung?, Baurecht 1997, S. 101–103. Zu den hohen Anforderungen für die Annahme offenbaren Rechtsmissbrauchs statt vieler auch WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2012, N. 2118.

⁹⁵ Zur Bedeutung von Art. 5 Abs. 3 BV im Verkehr zwischen Privaten und staatlichen Behörden SCHINDLER Benjamin, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 5 N. 53 und 55.

⁹⁶ Auch LUSTENBERGER (Fn. 36), S. 36 Fn. 3, verweist in diesem Kontext auf Art. 5 Abs. 3 BV. Während das Rechtsmissbrauchsverbot nach Auffassung des Bundesgerichts Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben bildet (statt vieler BGE 143 V 66, 69 E. 4.3), betrachtet insbesondere GÄCHTER Thomas, *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 186 und 304 f., die zweckwidrige Verwendung eines Rechts als Problem der Auslegung.

⁹⁷ GADOLA (Fn. 36), S. 107 mit Hinweisen auf die Judikatur und Literatur.

Verhältnis zum potentiell hingenommenen Nachteil steht».⁹⁸ Rechtsmissbrauch kann auch dann vorliegen, wenn aufgrund falscher Angaben aufwändige Abklärungen veranlasst werden, die in einer Bauverzögerung resultieren.⁹⁹ Die Existenz dieser Tatbestände hat allerdings klar erwiesen zu sein, zudem «muss an den entsprechenden Nachweis im Interesse der Wahrung der Rechtsschutzmöglichkeiten ein strenger Massstab angelegt werden».¹⁰⁰

Zu Recht als nicht rechtsmissbräuchlich gilt dagegen eine schlechte Verfahrensführung oder die Einnahme eines Standpunktes, der in Widerspruch zur herrschenden Lehre und Praxis steht, sofern sich sachliche Gründe dafür anbringen lassen. Zurückhaltung ist auch bei der Annahme von Rechtsmissbrauch bei völliger Aussichtslosigkeit der Einsprache angezeigt, zumal sich in bau- und planungsrechtlichen Kontexten regelmässig komplexe Abwägungs- und Auslegungsfragen stellen, deren Beantwortung sich nicht immer leicht antizipieren lässt.¹⁰¹ Bei aussichtslosen Einsprachen ist zudem jeweils sorgfältig zu prüfen, ob diese tatsächlich auf grober und nicht bloss auf leichter Fahrlässigkeit beruhen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Einsprecher rechtskundig ist oder nicht.¹⁰²

3. Relevante Kosten

BGE 143 II 467 betrifft lediglich die aus der Behandlung der Einsprache resultierenden Verfahrenskosten. Nicht geäussert hat sich das Bundesgericht in dieser Entscheid zu den Kosten des Baugesuchstellers, beispielsweise den Aufwendungen für einen Rechtsvertreter und allfällige Gutachten. Die vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vertretene Ansicht, wonach die Verpflichtung des Einsprechers, dem Baugesuchsteller eine Parteientschädigung zu entrichten, nicht untersagt sei, ist trotzdem abzulehnen.¹⁰³ Das damit einhergehende Kostenrisiko zeitigt nämlich einen «*chilling effect*», welcher der Situation bei den Verfahrenskosten gleichkommt.¹⁰⁴

Soweit eine Einsprache nicht gesamthaft, sondern nur in einzelnen Punkten missbräuchlich ist (indem sie beispielsweise zu einer unnötigen Verfahrenserweiterung führt oder

⁹⁸ MARTI (Fn. 36), S. 353.

⁹⁹ MARTI (Fn. 36), S. 353; CASANOVA (Fn. 87), S. 136 ff.

¹⁰⁰ MARTI (Fn. 36), S. 353.

¹⁰¹ Zum Ganzen LUSTENBERGER (Fn. 36), S. 37 ff.; MARTI (Fn. 36), S. 354; siehe auch BGE 143 II 467, 475 E. 2.8.

¹⁰² Dazu MARTI (Fn. 36), S. 354.

¹⁰³ Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil R 17 55 vom 10. April 2018, E. 9b/dd). Siehe dazu auch vorne IV.A.1.

¹⁰⁴ Davon scheint auch der Gesetzgeber des Kantons Graubündens auszugehen, der die Pflicht zur «Leistung einer angemessenen ausseramtlichen Entschädigung an die Gesuchstellenden» auf offensichtlich unzulässige und offensichtlich unbegründete Einsprachen beschränkt (Art. 96 Abs. 2 KRG/GR).

unnötige Abklärungen veranlasst), ist dies bei der Auferlegung der Kosten ebenfalls zu berücksichtigen. In einer solchen Situation ist dem Einsprecher lediglich ein Teil der Kosten zu belasten. Zu beachten ist zudem, dass die zuständige Behörde insofern eine Schadensminderungspflicht trifft, als sie bei missbräuchlichen Einsprachen gehalten ist, nicht darauf einzutreten oder auf eine entsprechende Ausweitung des Verfahrensgegenstands zu verzichten.¹⁰⁵

Nicht Gegenstand von BGE 143 II 467 bildet die Haftung für finanzielle Folgen, die über das Verfahren hinausgehen. Dies gilt beispielsweise für den Verzögerungsschaden (Verteuerung der Baukosten, anfallende Kapitalzinsen, entgangener Gewinn durch Verlust von Mietzinseinnahmen, zusätzliche Kosten infolge Beschaffung von Ersatzobjekten etc.).¹⁰⁶ Entsprechende Forderungen sind auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen.¹⁰⁷ Soll der Einsprecher auch für solche Schäden haftbar gemacht werden, müssen diese sowie der Kausalzusammenhang bewiesen werden. Immerhin dürfte die Bejahung der Widerrechtlichkeit und des Missbrauchs im Einspracheverfahren auch starke Signale in den zivilrechtlichen Haftungsprozess aussenden.

C. Leitlinien für eine verfassungskonforme Kostenverlegung

Missbräuchliches Handeln vorbehalten, dürfen die Kantone den unterliegenden Einsprechern keine Kosten auferlegen. In den Schranken des abgaberechtlichen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips verfügen sie allerdings nach wie vor über einen beachtlichen Spielraum bei der Bemessung der dem Baugesuchsteller bzw. der Planungsbehörde zu auferlegenden Verfahrenskosten.¹⁰⁸ Wenngleich das Bundesgericht dem Verursacherprinzip grosses Gewicht zumisst,¹⁰⁹ steht es dem kantonalen Gesetzgeber frei, dem Baugesuchsteller nicht die gesamten Kosten zu überbinden, sondern einen (mehr oder weniger grossen) Teil das Gemeinwesen tragen zu lassen.

Die Kantone sind nicht verpflichtet, einen Vorbehalt für missbräuchliche Einsprachen zu statuieren. Verzichten sie darauf, muss der Baugesuchsteller den (risikoreicheren) zivilrechtlichen Weg einschlagen, möchte er sich vom Einsprecher die Verfahrens- und allfällige weitere Kosten ersetzen lassen. Da die missbräuchliche Ausübung eines Rechts

¹⁰⁵ In diesem Sinne sieht Art. 26 Abs. 1 DPC/JU vor, dass bei offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Einsprachen auf eine (kostenverursachende) Verständigungsverhandlung verzichtet werden kann.

¹⁰⁶ Siehe zu den möglichen Schäden MARTI (Fn. 36), S. 351 f.

¹⁰⁷ Seit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ist es nicht mehr möglich, dass Verwaltungsgerichte adhäsionsweise auch über zivilrechtliche Haftungsansprüche wegen missbräuchlicher Prozessführung entscheiden; siehe MARTI (Fn. 36), S. 356 f.

¹⁰⁸ Zum Umstand, dass diese Prinzipien bei der Gebührenfestsetzung einen grossen Ermessensspielraum belassen, siehe BGE 141 I 105, 109 E. 3.3.2.

¹⁰⁹ Siehe zur Kritik an dieser Argumentation vorne III.B.2.a).

aufgrund von Art. 5 Abs. 3 BV keinen Schutz genießt, hat die zuständige Behörde allerdings bei der Behandlung der Einsprache der Tatsache des Rechtsmissbrauchs Rechnung zu tragen, indem sie beispielsweise auf gewisse Begehren nicht eintritt und auf diese Weise das Verfahren beschleunigt sowie den Aufwand insgesamt und – damit verbunden – die Kosten beschränkt.

Was die Formulierungen anbelangt, verdeutlicht das Bundesgericht im Entscheid 143 II 467, dass das Begriffspaar «offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet» (*«manifestement irrecevable ou manifestement infondée»*) einer verfassungskonformen Auslegung offenstehe und daher zulässig sei.¹¹⁰ Anderes gelte für die Formulierung «ohne Notwendigkeit» (*«sans nécessité»*) im zweiten Satz der angefochtenen Bestimmungen. Diese Formulierung, die im Raumplanungs- und Baurecht ansonsten unbekannt sei, könne nicht so interpretiert werden, dass sie lediglich unerlaubte Handlungen im Sinne von Art. 41 OR vorbehalte.¹¹¹ Die Kantone verfügen in terminologischer Hinsicht somit nach wie vor über einen – wengleich limitierten – Spielraum.

V. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht stärkt mit BGE 143 II 467 das Gehörsrecht, indem es die unterliegenden Einsprecher – rechtsmissbräuchliches Handeln vorbehalten – von der Tragung der Verfahrenskosten befreit. Wengleich die bundesgerichtliche Argumentation nicht in allen Punkten gleichermaßen überzeugt, verdient das Ergebnis Zustimmung. Es trägt nämlich dem Umstand Rechnung, dass bau- und planungsrechtliche Verfahren regelmässig mit komplexen Interessenabwägungen verbunden sind. Der Artikulationsmöglichkeit Drittbetroffener kommt daher besondere Bedeutung im Hinblick nicht nur auf eine Optimierung des Entscheids, sondern auch auf dessen Akzeptanz zu. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verdeutlicht, dass eine Limitierung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes keinen gangbaren Weg darstellt, um den Interessen der Baugesuchsteller und Planungsbehörden Rechnung zu tragen. Letzteren ist vielmehr mit anderen Mitteln Genüge zu tun, beispielsweise mit der Statuierung von Behandlungsfristen.¹¹² Solche dür-

¹¹⁰ BGE 143 II 467, 474 f. E. 2.8.

¹¹¹ BGE 143 II 467, 476 f. E. 3.

¹¹² Siehe exemplarisch § 32 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RBG) des Kantons Basel-Landschaft vom 8. Januar 1998 (SGS 400), wonach innert drei Monaten nach Ablauf der Einsprachefrist eine Verständigungsverhandlung stattzufinden hat (Abs. 1). Kommt keine Verständigung zustande, so entscheidet der Regierungsrat ebenfalls innert drei Monaten (Abs. 2). Weitere Massnahmen werden im Schlussbericht des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 1. Juni 2015, Effizienz von Planungs- und Bauverfahren sowie den damit einhergehenden Rechtsmitteln, thematisiert; siehe insbesondere S. 66 ff.

fen allerdings nicht zu Abstrichen bei der Qualität bau- und planungsrechtlicher Entschiede führen.

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER Heinz / HAAG Stephan, *Praxiskommentar zum Rechtsschutz in der Raumplanung*, Zürich/Basel/Genf 2010.
- AUER Christoph / MÜLLER Markus / SCHINDLER Benjamin (Hrsg.), *VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019.
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017.
- CASANOVA Hugo, *Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, insbesondere nach Art. 41 ff. OR*, Diss. Freiburg 1982.
- CASANOVA Hugo, *La réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction*, *Baurecht* 1986, S. 75–80.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- DUSSY David, Verfahren, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr (Hrsg.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht*, Zürich/Basel/Genf 2016, N. 7.24 ff.
- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014.
- GÄCHTER Thomas, *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005.
- GADOLA Attilio R., Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichen Bauprozess – Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, *ZBl* 95 (1994), S. 97–129.
- GRIFFEL Alain, *Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.
- GRIFFEL Alain / RAUSCH Heribert, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Aufl.*, Zürich/Basel/Genf 2011.
- GUY-ECABERT Christine, Besprechung von ATF 143 II 467–476 (14.6.2017/f; 1C_266/2016), *RDAF* 2018 I, S. 378–380.
- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HALLER Walter, Das rechtliche Gehör bei der Festsetzung von Raumplänen, in: Cagianut/Geiger/Hangartner/Höhn (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Bern/Stuttgart 1989, S. 367–380.
- HALLER Walter / KARLEN Peter, *Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht*, Band I: *Grundlagen – Raumplanungsrecht – Baurecht*, 3. Aufl., Zürich 1999.
- HÄNNI Peter, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 6. Aufl., Bern 2016.
- HONEGGER Jürg, *Schadenersatz und Baueinsprache, eine Abhandlung anhand des zürcherischen Baurechts im Hinblick auf eine Schadenersatzpflicht gemäss OR 41 I*, Diss. Zürich 1970.

- HONSELL Heinrich (Hrsg.), *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Basel 2014.
- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), *Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basler Kommentar*, 6. Aufl., Basel 2015.
- KIENER Regina / RÜTSCHÉ Bernhard / KUHN Matthias, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- KÖLZ Alfred / HÄNER Isabelle / BERTSCHI Martin, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- KÖLZ Alfred / KOTTUSCH Peter, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren: Eine Problemübersicht, *ZBl* 79 (1978), S. 421–458.
- MARTI Arnold, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrecht und das öffentliche Recht, *ZBl* 108 (2007), S. 237–275.
- MARTI Arnold, Beschränkte Haftung unterliegender Dritter im bau- und planungsrechtlichen Verfahren, in: Böhme/Gähwiler/Theus Simoni/Zuberbühler (Hrsg.), *Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 345–357.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, Vol. I: *Les fondements*, 3. Aufl., Bern 2012.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011.
- RHINOW René / KOLLER Heinrich / KISS Christina / THURNHERR Daniela / BRÜHL-MOSER Denise, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014.
- SALADIN Peter, Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone, in: Esterbauer/Kalkbrenner/Mattmüller/Riemheld (Hrsg.), *Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, Festschrift für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, S. 339–355.
- SALADIN Peter, Bund und Kantone, *ZSR* 103 (1984) II, S. 431–590.
- SCHALTEGGER Simon, Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschäden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung?, *Baurecht* 1997, S. 101–103.
- SCHAUER Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the «Chilling Effect», *Boston University Law Review* 58 (1978), S. 685–732.
- SCHEFER Markus, Gefährdung von Grundrechten – Eine grundrechtsdogmatische Skizze, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), *Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Bern/Basel/Genf/München 2004, S. 441–480.
- STABEN Julian, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, Diss. Hamburg, Tübingen 2016.
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018.
- THURNHERR Daniela, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013.
- THURNHERR Daniela, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, *BJM* 2015, S. 217–255.
- WALDMANN Bernhard / HÄNNI Peter, *Raumplanungsgesetz, Handkommentar*, Bern 2006.
- WALDMANN Bernhard / WEISSENBERGER Philippe (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2012.

Le permis d’habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire

Sommaire

	Page
Introduction	1077
I. Bases légales	1078
A. Droit cantonal	1078
1. Textes	1078
2. Interprétation « déclarative »	1079
3. Standard en droit des cantons romands	1080
B. Droit communal	1082
1. Textes	1082
2. Interprétation « déclarative »	1083
II. Autres indices	1084
III. Permis d’habiter et révocation du permis de construire	1085
A. Régime de la révocation	1085
B. Obligation d’octroyer le permis d’habiter	1086

Introduction

Le texte que voici traite du « permis d’habiter » ; mutatis mutandis, ces réflexions valent aussi pour le permis d’occuper, d’utiliser ou d’exploiter. Quelles que soient les formulations qu’utilisent les législations cantonales et communales en cette matière, le permis d’habiter se présente comme une décision administrative à part entière – de type « autorisation » – indépendante du permis de construire l’ouvrage considéré ; il n’est pas possible de concevoir le permis d’habiter comme une simple mesure d’exécution du permis de construire.

* Professeur à l’Université de Fribourg. Je remercie M. Victor Carron, MLaw, assistant à l’Université de Fribourg, pour l’aide qu’il m’a apportée dans la mise au point de cette modeste contribution.

Dès l'instant où le permis d'habiter est ainsi un acte administratif indépendant, la question se pose de savoir quel est son lien avec le permis de construire ; c'est l'objet spécifique des paragraphes qui suivent. Deux conceptions juridiques sont possibles : soit le permis d'habiter n'a qu'une portée « déclarative », à savoir qu'il n'a pas d'impact sur la validité du permis de construire et les deux permis ont leur existence autonome l'un de l'autre ; soit au contraire, le permis d'habiter déploie un effet formateur, à savoir que son octroi respectivement son refus valide le permis de construire existant, fait obstacle à sa révocation, vaut permis de construire lorsqu'il n'y en a pas ou alors révoque le permis de construire octroyé et ouvre la porte à un ordre de remise en état pour les éléments déjà construits. Ces derniers temps, le choix entre ces deux approches semble gagner en importance, en raison notamment de l'apparition de nouvelles contraintes légales dans la construction (révision de la LAT ; Lex Weber) qui dramatisent pour les propriétaires les conséquences de toute révocation du permis de construire.

Les dossiers de construction sont toujours complexes et la question précitée est souvent mêlée à d'autres éléments juridiques, qui ne sont pas examinés ici : les éléments de droit privé (ainsi les contrats entre le promoteur, le constructeur et l'acheteur) ou encore les procédures de droit pénal (administratif) ; l'illicéité d'une construction en déclenche de plus en plus souvent l'ouverture.

I. Bases légales

A. Droit cantonal

1. Textes

Lorsque les législateurs cantonaux traitent du permis d'habiter, ils le font dans des termes similaires. En voici trois exemples :

1. En droit vaudois, c'est l'art. 128 LATC¹ qui traite du « permis d'habiter ou d'utiliser » :

¹ Aucune construction nouvelle ou transformée ne peut être occupée sans l'autorisation de la municipalité. Cette autorisation, donnée sous la forme d'un permis, ne peut être délivrée que si les conditions fixées par le permis de construire ont été respectées et si l'exécution correspond aux plans mis à l'enquête. Le préavis de la commission de salubrité est requis.

¹ RS/VD 700.11

² (...).

³ (...).

2. En droit fribourgeois, c'est l'art. 168 LATeC² qui règle l'octroi du « permis d'occuper » :

¹ Les locaux destinés au séjour ou à l'accueil de personnes dans un bâtiment neuf, transformé ou rénové ne peuvent être occupés avant qu'un permis n'ait été délivré par la commune, sur la base du certificat de conformité.

² Le permis peut être délivré de façon provisoire si les travaux intérieurs et extérieurs sont suffisamment avancés pour sauvegarder la sécurité et la santé des habitants et si les équipements nécessaires sont réalisés.

³ La commune ou le préfet peut retirer le permis lorsque les locaux ne remplissent pas les conditions de sécurité et d'hygiène.

3. En droit valaisan depuis le 1^{er} janvier 2018, c'est l'art. 47 OC³ qui statue sur le « permis d'habiter et d'utiliser » :

¹ Les constructions et installations reconnues conformes à l'autorisation de construire et aux conditions et charges liées à cette autorisation, ne peuvent être occupées ou utilisées avant l'établissement d'un permis d'habiter ou d'utiliser.

² Avant d'habiter ou d'utiliser, le propriétaire doit requérir le permis, lequel est délivré par l'autorité compétente.

2. Interprétation « déclarative »

Les dispositions légales reproduites plus haut fournissent un faisceau d'indices qui plaident clairement en faveur d'un permis d'habiter de portée simplement déclarative.

D'un point de vue littéral d'abord, les formulations utilisées indiquent expressément que l'octroi ou le refus du permis d'habiter est lié directement à la conformité de la construction à l'autorisation de construire et aux conditions et charges que fixe celle-ci. La base de l'appréciation est donc uniquement l'autorisation de construire et non pas le droit matériel sous-jacent. C'est ce que le Tribunal cantonal valaisan suggère lorsqu'il relève que, selon l'exécutif cantonal, la procédure relative au permis d'habiter « ne vise qu'à sanctionner le propriétaire en infraction par rapport aux plans autorisés et aux conditions

² RS/FR 710.1

³ RS/VS 705.100.

assortissant le permis de construire »⁴ ; ou lorsqu'il constate à propos d'un label Minergie que « le permis de bâtir délivré mentionne expressément que le permis d'habiter ne sera délivré qu'à la réception d'un certificat définitif »⁵. Ou encore lorsque dans un litige civil consécutif à des problèmes sur le chantier, il constate que le demandeur a mis en demeure l'architecte de « procéder à toutes les opérations nécessaires et utiles visant à ce que le permis d'habiter puisse être délivré » et que l'on peut raisonnablement admettre qu'un chalet conforme au projet de l'architecte a réellement été érigé puisque finalement ce permis d'habiter a été délivré⁶.

Ensuite, cette lecture s'impose aussi dans l'optique de la systématique de la loi. C'est ainsi qu'en droit valaisan : (1) l'art. 47 OC appartient au chapitre de l'ordonnance qui traite de la police des constructions, à savoir des mesures de surveillance. (2) L'art. 46 OC spécifie qu'après l'achèvement des travaux, cette surveillance s'exerce au regard du respect de l'autorisation de construire ainsi que des conditions et charges liées à cette autorisation (lit. d). (3) L'art. 47 OC se fonde sur l'art. 55 lit. c de la loi cantonale sur les constructions (LC)⁷ ; à propos de ce dernier, le message du Conseil d'État (ad art. 53 du projet de loi) explique qu'il reprend l'ancienne loi (art. 49 al. 4 à 6 aLConstr.) ; elle-même reprenait le libellé de l'art. 59 aLConstr. avant la modification de cette dernière dans sa version du 8 février 1996. Or, tous ces textes affirmaient déjà que « les constructions reconnues conformes à l'autorisation de construire et aux conditions et charges liées à cette autorisation, ne peuvent être occupées ou exploitées avant l'établissement d'un permis d'habiter ou d'exploiter ».

3. Standard en droit des cantons romands

Ce régime déclaratif du permis d'habiter correspond à ce que l'on trouve d'ordinaire dans les réglementations des autres cantons de Suisse romande qui connaissent le permis d'habiter ; celles qui semblent aller plus loin et requérir au stade du permis d'habiter un certain contrôle du respect non seulement des exigences inscrites dans le permis de construire, mais aussi des règles matérielles de la construction – notamment sous l'angle de la sécurité et de la salubrité – le font uniquement pour les « locaux » (droit vaudois)⁸ ou les

⁴ Arrêt du 5 mai 2017, affaire A1 16 207, partie en fait, cons. C.c (pour le reste, l'arrêt n'est pas topique).

⁵ Arrêt du 6 février 2014, affaire A1 13 308, cons. 9.

⁶ Arrêt du 11 mars 2016, affaire C1 14 183, cons. 2.3.2 et 2.5.1.

⁷ RS/VS 705.1.

⁸ Cf. art. 79 RLATC (RS/VD 700.11.1), qui semble d'ailleurs quelque peu outrepasser sur ce point le libellé de la base légale formelle (art. 128 LATC).

« locaux des constructions ouvertes à un large public » (droit genevois)⁹ et non pas pour l'ensemble de la construction.

Pour le Tribunal cantonal vaudois, l'objectif est ici de vérifier que les travaux sont suffisamment achevés pour garantir la sécurité et la santé des habitants¹⁰ ; qu'ils sont conformes aux plans approuvés ainsi qu'aux conditions posées dans le permis de construire, et non pas de vérifier une nouvelle fois si les dispositions réglementaires sont respectées¹¹ ; cet examen a déjà eu lieu lors de l'octroi du permis de construire¹², au terme d'une procédure dûment mise en œuvre, qui a créé un droit subjectif en faveur du requérant et qui ne saurait être remis en cause dans le cadre d'un recours contre le permis d'habiter, sinon par le biais d'une révocation du permis de construire délivré initialement¹³ ; le permis d'habiter permet aussi à l'autorité d'intervenir lorsque l'état du bâtiment, abandonné, devient dangereux et il peut être à nouveau délivré dès que les problèmes de sécurité sont réglés¹⁴ ; ou alors, c'est la présence de dangers naturels qui justifie un retrait du permis d'habiter (moyennant un droit d'être entendu pour le propriétaire)¹⁵ ; son octroi n'est précédé d'aucune enquête publique et sa portée est restreinte dans la mesure où elle n'intéresse en principe pas les tiers¹⁶.

Il en allait de même dans l'ancien droit neuchâtelois qui connaissait le « permis d'occupation » (remplacé désormais par un simple contrôle communal de conformité au plan et au permis ; art. 42 s. LConstr.¹⁷) : ce permis concernait principalement les locaux destinés à l'habitation et il visait avant tout des motifs de salubrité et de police du feu ; son obtention n'avait pas l'effet d'une reconnaissance formelle et définitive de la conformité de l'ouvrage au droit de la construction ; le permis d'occupation pouvait d'ailleurs être accordé avant que les travaux soient complètement achevés ; aussi, son octroi ne constituait-il pas une renonciation des autorités à exiger ultérieurement l'adaptation d'une construction illicite aux prescriptions¹⁸.

⁹ Cf. art. 38 RCI (L 5 05.01).

¹⁰ RDAF 1978, p. 266.

¹¹ RDAF 2017 I 186 arrêt N° 65 (permis d'habiter refusé à tort lorsque l'habitation est occupée depuis 15 ans et si l'autorité utilise cette institution pour s'immiscer dans un conflit entre copropriétaires).

¹² RDAF 2013 I 203 arrêt N° 96.

¹³ Expressément : RDAF 2014 I 218 arrêt N° 111.

¹⁴ RDAF 2017 I 187 arrêt N° 66.

¹⁵ Cas fribourgeois (glissement de terrain) : arrêt du TC du 9 mars 2017, affaire 602 2016 127.

¹⁶ RDAF 2012 I 215 arrêt N° 103.

¹⁷ RS/NE 720.0.

¹⁸ Expressément : RJN 1989, p. 242, cons. 3.c.

B. Droit communal

1. Textes

Les règlements de construction en vigueur dans les cantons examinés contiennent parfois des dispositions au sujet du permis d'habiter. Leurs formulations varient ; en voici quelques exemples :

1. L'art. 31 du règlement des constructions et des zones d'une commune valaisanne urbaine règle ainsi la délivrance du permis d'habiter :
 - 1) Tout local, neuf ou transformé, destiné au travail ou à l'habitation, doit faire l'objet de la délivrance d'un permis d'habiter. Ce dernier est délivré par le conseil municipal sur demande du propriétaire et après contrôle du local, pour autant que l'exécution soit conforme aux plans approuvés. Demeurent réservés les contrôles spécifiques opérés par les services concernés.
 - 2) Toute occupation antérieure à la délivrance du permis d'habiter engage la seule responsabilité du propriétaire.
 - 3) Le conseil municipal peut exiger l'évacuation des locaux qui seraient occupés avant l'octroi du permis, ceci sans préjudice de la pénalité encourue par le propriétaire. Les frais occasionnés par l'évacuation sont à la charge de ce dernier.
 - 4) Pour éviter l'occupation prématurée des locaux neufs ou transformés, le conseil municipal peut, en particulier, suspendre les fournitures d'énergie électrique et d'eau, jusqu'au moment où le permis d'habiter aura été délivré.
2. L'art. 29 du règlement des constructions et des zones d'une commune valaisanne de montagne traite du permis d'habiter en ces termes :
 - a) Tout local neuf ou transformé destiné au travail ou à l'habitation est soumis à l'obtention d'un permis d'habiter, dès la fin des travaux. Ce dernier est délivré par le Conseil municipal sur demande du propriétaire et après contrôle des travaux.
 - b) En cas de non-respect des directives concernant le permis d'habiter, le Conseil municipal peut ordonner la coupure des alimentations d'eau et d'électricité. Les inconvénients y relatifs avec les frais qui en découlent sont à la charge du propriétaire.
3. L'art. 122 du règlement sur le plan d'extension et la police des constructions d'une commune vaudoise statue ainsi sur l'octroi du permis d'habiter :

Il est interdit d'habiter ou d'utiliser une construction avant d'avoir informé la municipalité de la fin des travaux.

Cette dernière délèguera la commission de salubrité ou un représentant sur place pour vérifier l'exécution de ces travaux en vue de la délivrance du permis d'habiter ou d'utiliser.

Les constructions ne pourront être habitées ou utilisées qu'aux conditions suivantes :

- 1) Les locaux habitables et les locaux communs devront être terminés et équipés ;
 - 2) Les cages d'escaliers, rampes d'accès, loggias, balcons, accès extérieurs, doivent être conformes tant au point de vue sécurité qu'au point de vue éclairage et signalisation.
4. L'art. 131 du règlement sur le plan d'affectation et la police des constructions d'une autre commune vaudoise se limite à la question du retrait du permis d'habiter :
- Le retrait du permis d'habiter est prononcé par la Municipalité sur préavis de la commission de salubrité. Il entraîne pour l'occupant l'obligation de quitter les lieux dans le délai fixé et pour le propriétaire l'obligation de faire exécuter les travaux ordonnés pour rendre les locaux habitables.
 - Après retrait du permis d'habiter, les locaux ne peuvent être réoccupés qu'après nouvelle inspection de la commission de salubrité et nouvelle décision de la Municipalité.

2. Interprétation « déclarative »

La lecture de ces dispositions légales nourrit quatre constats, qui corroborent le caractère déclaratif du permis d'habiter : (1) les dispositions à son sujet font en général partie du chapitre que le règlement communal considéré consacre à l'exécution des travaux ; le permis d'habiter se présente ainsi comme un instrument de surveillance de la conformité des travaux au permis de construire. (2) Cet instrument ne s'applique que si la construction réalisée se compose de locaux destinés au travail ou à l'habitation ; a contrario, le permis d'habiter ne sert donc pas à vérifier la légalité de la construction comme telle, notamment pour ce qui est de son affectation au regard des prescriptions d'aménagement du territoire. (3) En général, la réglementation en question statue que le permis d'habiter est délivré après un contrôle des « travaux ». (4) En principe, l'autorité compétente peut encore donner des instructions lors de ce contrôle final (sur des points techniques de détail). Si elles ne sont pas suivies d'effet, les sanctions prévues ne remettent pas en cause la construction comme telle, mais uniquement son utilisation.

II. Autres indices

D'autres éléments encore confirment la conception qui admet la portée purement déclarative du permis d'habiter vis-à-vis du permis de construire. Si l'on accordait au permis d'habiter une portée constitutive, cela signifierait que le permis de construire ne contiendrait que le droit de réaliser la construction, mais pas le droit de l'utiliser ensuite. Une telle conception se heurterait à tous les arguments que voici :

1. Les cantons de Suisse allemande ne connaissent pas le permis d'habiter ; pourtant, ils pratiquent le même type de permis de construire que les cantons romands répertoriés plus haut. Dans tous ces autres cantons, il est patent que le permis de construire incorpore aussi le droit d'utiliser la construction une fois réalisée ; une solution contraire exigerait une base légale explicite.
2. Lorsqu'une construction comporte plusieurs logements, il est fréquent qu'elle fasse l'objet d'un seul permis de construire, mais ensuite d'un permis d'habiter par unité de logement (surtout en cas de PPE) ; déjà d'un point de vue formel, le permis d'habiter ne peut donc pas se prononcer sur le contenu et la validité du permis de construire.
3. C'est en principe la même autorité – souvent la commune – qui accorde le permis de construire puis le permis d'habiter. Voilà qui corrobore le fait que les deux portent sur le même ouvrage mais sous des angles différents, une fois afin de contrôler le respect des prescriptions matérielles de la construction et une fois en vue de vérifier qu'elles ont été respectées au cours de la construction.
4. Il n'est pas rare que l'autorisation de construire contienne déjà des prescriptions relatives à l'utilisation de l'ouvrage ; c'est par exemple le cas des mentions de non-changement d'affectation ou de non-utilisation pour les pièces non comptées dans le calcul de densité.
5. À l'inverse, il est fréquent que des détails de construction se règlent au stade du permis d'habiter seulement, notamment pour ce qui a trait à la sécurité ; ainsi pour les exigences de la défense incendie, en particulier l'emplacement des extincteurs.
6. Lorsque le permis d'habiter impose des exigences supplémentaires par rapport au permis de construire, c'est qu'elles résultent d'autres législations que celles de la construction. Tel est le cas lors de procédures complexes qui cumulent par exemple l'autorisation de réaliser un ouvrage et une patente d'établissement public, une autorisation de la police du commerce ou encore de la police des professions de la santé.

7. Dans certains cantons, le caractère déclaratif du permis d'habiter est encore souligné par le recours au système du certificat de conformité : à Genève, ce dernier a remplacé le permis d'habiter pour les constructions qui n'atteignent pas les seuils de l'art. 38 al. 1 RCI ; à Fribourg, il est une condition préalable à l'octroi du permis d'habiter (art. 168 LATeC). Dans sa nature même, ce certificat est destiné à attester que les conditions du permis de construire ont été respectées ; le professionnel qualifié (architecte et géomètre) qui l'établit ne se prononce évidemment pas sur le contenu et la validité du permis de construire.

III. Permis d'habiter et révocation du permis de construire

A. Régime de la révocation

Ce régime s'est bien stabilisé au travers de la jurisprudence. En résumé, il est le suivant : (1) aucune législation cantonale ou communale sur les constructions n'interdit la révocation d'un permis de construire devenu définitif ; les rares dispositions qui codifient la révocation sont de simples « *restatements* » du régime général que le Tribunal fédéral a développé¹⁹. (2) Selon ce dernier, la révocation n'est pas possible pour les permis de construire – actes administratifs ponctuels – qui ont déjà été mis en œuvre. (3) Exception : l'autorité compétente peut décider de révoquer si des intérêts de police – protection contre les dangers – sont prépondérants au point qu'ils doivent avoir la priorité sur la sécurité juridique attachée au permis considéré. À cet effet, l'autorité doit tenir compte de tous les intérêts en présence, mais aussi de la bonne foi du propriétaire, et donc instruire ce dernier élément²⁰. Tel est le cas par exemple lorsque l'ouvrage a été vendu en cours de construction et que l'acquéreur a ensuite obtenu des autorisations complémentaires portant sur des éléments constructifs justement à l'origine de l'éventuelle révocation du permis de base ; à l'inverse, l'acquéreur doit se laisser opposer la mauvaise foi du vendeur²¹. La révocation se justifie encore moins lorsque l'affectation de la construction litigieuse est conforme à la zone à bâtir dans laquelle elle se trouve et qu'elle ne génère pas de problème sous l'angle de la séparation entre le bâti et le non-bâti²².

¹⁹ Exemple : art. 32 de la loi valaisanne sur la procédure administrative (RS/VS 172.6).

²⁰ Cf. arrêt du TF du 16 mai 2018, affaire 1C_382/2017.

²¹ Cf. arrêt du TF du 3 octobre 2017, affaire 1C_171/2017.

²² Pour des confirmations très récentes : arrêt du TF du 16 mai 2018, affaire 1C_382/2017 = BR/DC 2018, p. 303 N° 501 ; arrêt du TF du 2 juin 2017, affaire 1C_276/2016. Pour un panorama complet de la jurisprudence sur les questions que posent les constructions illicites, cf. WISARD Nicolas /

À l'inverse, non révocation et donc non remise en état n'équivalent pas juridiquement à une autorisation en bonne et due forme ; le propriétaire ne bénéficiera pas à l'avenir des attributs liés habituellement à une construction licite : il ne pourra pas faire valoir la garantie de la situation acquise pour entretenir, moderniser, agrandir ou reconstruire les parties des constructions autorisées à tort ; il ne pourra pas les prendre en compte pour le calcul des densités supplémentaires que la loi lui octroierait à l'avenir (par exemple au travers d'un bonus écologique ou pour l'agrandissement que l'art. 11 al. 2 de la loi fédérale sur les résidences secondaires accorde aux « logements de l'ancien droit »²³) ; enfin, il ne pourra pas réclamer une indemnisation en cas d'expropriation formelle.

À ne pas confondre cette révocation avec l'hypothèse de la nullité du permis de construire ; cette dernière est très rare, parce que les conditions d'application de la nullité sont difficiles à satisfaire. C'est ainsi que les vices du permis considéré ne sont en général pas patents, dès lors qu'ils ne sont pas apparus dans la procédure d'opposition. Ensuite, les vices sont rarement graves ; par exemple, la violation de l'obligation de mettre l'ouvrage à l'enquête publique n'engendre que l'annulabilité du permis de construire et non pas sa nullité car c'est à l'autorité qu'il incombe de procéder aux formalités et non pas au requérant de l'autorisation, qui peut lui avoir confiance dans les décisions qui sont rendues²⁴. Enfin, un vice grave – tel que la violation des règles qui désignent l'autorité compétente pour octroyer le permis de construire²⁵ – ne débouche pas forcément sur une nullité « *ab ovo* » et « *ex tunc* » : suivant les circonstances, le principe de proportionnalité commande une sanction « *ex nunc* » seulement et les éléments déjà construits pourront dès lors subsister.

B. Obligation d'octroyer le permis d'habiter

Dès l'instant où la décision relative au permis d'habiter n'a qu'une portée déclarative vis-à-vis du permis de construire, son impact sur ce dernier et sur les composantes physiques de la construction réalisée sera très limité ; il ne pourra en affecter que l'utilisation.

BRÜCKNER Samuel / PIREK Milena, Les constructions « illicites » en droit public – notions, mesures administratives, sanctions, *Journées suisses du droit de la construction* 2019, p. 211 ss.

²³ RS 702.

²⁴ ATF 99 Ia 126.

²⁵ Exemple : permis accordé par la commune, alors qu'il aurait dû l'être par la Commission cantonale des constructions (Valais) dès lors que le projet de construction se situe en zone de mayens et que cette dernière n'est pas une zone à bâtir (arrêt du TC VS du 8 février 2018, affaire A1 17 115).

Concrètement :

1. L'octroi ou le refus du permis d'habiter ne fait que constater que les conditions d'octroi du permis de construire ont ou non été respectées ; un refus du permis d'habiter n'est dès lors pas possible si la construction respecte ces conditions. Ne pas octroyer le permis d'habiter pour un autre motif équivaldrait à remettre en cause un permis de construire entré en force, ce qui n'est pas possible²⁶ ; ne pas statuer dans un délai raisonnable sur la requête de permis d'habiter au motif qu'il y a doute sur la validité du permis de construire serait constitutif d'un déni de justice formel.
2. À l'inverse, si lors de l'examen final de la construction, l'autorité constate que certains éléments n'ont pas été autorisés, elle devrait immédiatement initier une procédure de régularisation par l'octroi d'une autorisation complémentaire subséquente ou au travers d'un ordre de remise en état partielle²⁷. En effet, elle ne saurait se contenter de tolérer un projet différent en alléguant que les éventuelles divergences seront traitées par le biais de la procédure du permis d'habiter²⁸.
3. Durant cette procédure de régularisation, l'autorité devrait permettre aux propriétaires d'habiter leur construction (à titre provisoire). Dès l'instant où l'occupation des locaux concernés ne présente pas de danger, le principe de proportionnalité commande cette modalité : la procédure de régularisation prendra du temps (surtout si elle doit faire l'objet d'une mise à l'enquête publique) ; l'occupation de l'ouvrage dans l'intervalle ne menace en rien la possibilité à terme pour l'autorité d'exiger et d'obtenir une éventuelle remise en état²⁹.

²⁶ Expressément : RDAF 2013 I 203 arrêt N° 96.

²⁷ Dans ce sens : RDAF 2012 I 2016 arrêt N° 104 (municipalité dans l'impossibilité de statuer sur un permis d'utiliser un dancing dès lors qu'elle n'a pas été en mesure de délivrer un permis de construire pour l'ensemble des travaux déjà réalisés).

²⁸ Expressément : RDAF 2012 I 215 arrêt N° 103.

²⁹ Dans ce sens : RDAF 2006 I 260, N° 76 (permis d'habiter octroyé malgré que les travaux avaient été autorisés à tort et faisaient l'objet d'une procédure de légalisation) ; ég. arrêt du TF du 26 avril 2012, affaire 1C_537/2011, cons. 2.3 (un permis d'habiter octroyé n'empêche pas une procédure de régularisation car il n'avalise pas définitivement des travaux qui ont été autorisés par une autorité incompétente).

Liste des publications d'Etienne POLTIER

Monographies

Droit de l'énergie, à paraître en 2020.

Droit des marchés publics, Stämpfli, Berne 2014.

(en collaboration avec P. MOOR) *Droit administratif* – Vol. II : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2011.

Les entreprises d'économie mixte – Étude de droit suisse et de droit comparé, Thèse Lausanne, Librairie Droz, Genève 1983.

Énergie. Transport. Logement, Presses Polytechniques Romandes, Lausanne 1983.

Parties de livres

Intro. art. 762, 763 / Art. 762, 763 et 926, in : Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (édit.), *Code des obligations II – Commentaire : Art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, p. 1487-1510, 2134-2135.

Commentaires des articles relatifs aux concessions de la loi fédérale sur la radio et la télévision (art. 44 à 50, 86 à 89, 99 et 100 LRTV), in : Masmajan/Cottier/Capt (édit.), *Loi sur la radio-télévision (LRTV)*, Stämpfli, Berne 2014.

Commentaire des articles 2 VII (concessions) et (en collaboration avec Evelyne Clerc) 9 LMI, in : Tercier/Bovet/Martenet (édit.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2013.

Les subventions, in : Lienhard (édit.), *Finanzrecht*, coll. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd 10, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, p. 343-442.

Commentaire des articles 762, 763 et 926, in : Tercier/Amstutz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations II – Code des obligations art. 530-1186 – Loi sur les bourses art. 22-33 – Avec une introduction à la Loi sur la fusion*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1425-1444 et 2054-2055.

Travaux éditoriaux

(en collaboration avec A.-C.FAVRE et V. MARTENET [édit.]) *L'entraide administrative – Évolution ou révolution ?*, Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2019.

(en collaboration avec V. BOILLET, F. MAIANI, D RIETIKER et B. WILSON [édit.]) *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Programme doctoral romand de droit / collection CUSO 331, Schulthess, Genève 2016.

(en collaboration avec A.-C.FAVRE et V. MARTENET [édit.]) *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2016.

(en collaboration avec A.-C. FAVRE et S. HESELHAUS [édit.]) *Zeitschrift für Energierecht (ZER) = Revue du droit de l'énergie (RDDE)*, Weblaw, Berne 2016.

(en collaboration avec A.-C. FAVRE et V. MARTENET [édit.]) *La responsabilité de l'État*, Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2012.

Chapitres d'actes

- Rapport national suisse, *La mobilité urbaine – Colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), Trèves, 19-21 septembre 2019*, à paraître en 2020.
- Rapport national suisse, in : Tanquerel/Morand-Deville/Alves Correia (édit.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme – Colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), Coimbra, 23-24 septembre 2011*, GRIDAUH, Paris 2014, p. 301-327.
- (en collaboration avec A.-C. FAVRE et K. SIDI-ALI) Rapport national suisse, in : *L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe – Colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), Paris 21-22 septembre 2007*, GRIDAUH, Paris 2008, p. 355-389.

Articles scientifiques

- L'entraide administrative interne, in : Poltier/Favre/Martenet (édit.), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution ?*, coll. Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2016, p. 61-102.
- La contribution de plus-value de l'art. 5 al. 1bis LAT et sa mise en œuvre dans le canton de Vaud, *JdT* 2018 III, p. 67-103.
- Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Suisse, in : Folliot Lalliot/Torricelli (édit.), *Contrôles et contentieux des contrats publics = Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, Bruxelles 2018, p. 357-380.
- Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in : Bohnet/Tappy (édit.), *Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, p. 123-185.
- La commande publique portant sur des objets complexes : les solutions du droit actuel et du P-LMP, ainsi qu'un regard sur le droit de l'Union européenne, in : Hänni/Stöckli (édit.), *Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique : Annuaire 2017 / Association suisse du droit public de l'organisation*, Stämpfli, Berne 2017, p. 39-75.
- Le juge du contentieux et ses pouvoirs, in : Renders/Morand-Deville/Paques/Priet (édit.), *Le contentieux de l'urbanisme en Europe – Colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme, Liège, 18-19 septembre 2015*, GRIDAUH, Paris 2017, p. 57-76.
- (et al. [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2016, « Institutions politiques », *RDAF I* 2017, p. 235-499
- Délégation d'activités économiques de l'État, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, coll. Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2016, p. 193-240.
- La présence des minorités au sein des organes judiciaires, in : Ziegler/Kuffer (édit.), *Les minorités et le droit : mélanges en l'honneur du professeur Barbara Wilson = Minorities and the law : Liber amicorum for professor Barbara Wilson*, Schulthess, Genève 2016, p. 247-262.
- (et al. [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2015, *RDAF I* 2016, p. 235-476.
- (en collaboration avec D. PIOTET) La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *RDS* 134/2015 I, p. 449-492.

- Le nouveau régime des contributions de plus-value de l'art. 5 LAT révisé : une modeste avancée vers une répartition plus équitable des plus-values foncières ?, in : Zufferey/Waldmann (édit.), *Révision 2014 de la loi sur s'aménagement du territoire : faire du neuf avec du vieux ?*, Schulthess, Genève 2015, p. 255-300.
- Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours (Art. 8 AP-AIMP et 8 AP-LMP) : un resserrement et deux extensions, *Jusletter* du 18 mai 2015.
- Quelques propos autour de la « norme d'application directe », in : Favre/Flückiger (édit.), *Droit et culture : recueil de textes à l'occasion des 75 ans de Pierre Moor*, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, Lausanne 2015, p. 89-96.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2014, *RDAF I* 2015, p. 211-480.
- La nouvelle directive de l'UE sur la passation des marchés publics, *DC* 2014, p. 231-234.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2012, *RDAF I* 2013, p. 329-589.
- La responsabilité de l'État pour acte illicite : l'exigence de l'illicéité, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La responsabilité de l'État*, coll. Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2012, p. 45-83.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2012, *RDAF I* 2012, p. 341-587.
- L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, *PJA* 2011, p. 1018-1036.
- La place du contrat dans le droit public des constructions, in : *Journées suisses du droit de la construction*, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg 2011, p. 129-153.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2010, *RDAF I* 2011, p. 301-562.
- La qualité pour recourir des organisations à but idéal, in : Tappy/Kahil-Wolff/Bruchez (édit.) *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, Recherches juridiques lausannoises 46, Schulthess Zurich 2010, p. 275-287.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2009, *RDAF I* 2010, p. 291-507.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2008, *RDAF I* 2009, p. 353-600.
- Les pouvoirs adjudicateurs – Champ d'application personnel du droit des marchés publics, *PJA* 2008, p. 1107-1124.
- La surveillance des entités décentralisées, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, coll. Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2008, p. 67-109.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2007, *RDAF I* 2008, p. 399-622.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2006, *RDAF I* 2007, p. 323-586.

- (en collaboration avec J.-C. LUGON et T. TANQUEREL) Les conséquences de la réforme de la justice fédérale dans les cantons, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, coll. Pratique du droit administratif, Schulthess, Genève 2006, p. 103-152.
- Les recours en matière de droit public, in : U. Portmann (édit.), *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, CEDIDAC, Lausanne 2006, p. 131-171.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2005, *RDAF I* 2006, p. 431-836.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2004, *RDAF I* 2005, p. 445-776.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2003, *RDAF I* 2004, p. 561-903.
- Quelques aspects de droit de procédure en matière de double imposition intercantonale, *RDAF II* 2003, p. 423-450.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2002, *RDAF I* 2003, p. 357-631.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2001, *RDAF I* 2002, p. 229-438.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2000, *RDAF I* 2001, p. 505-736.
- Les marchés publics : premières expériences vaudoises, *RDAF I* 2000, p. 297-327.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 1999, *RDAF I* 2000, p. 553-863.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 1998, *RDAF I* 1999, p. 425-699.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 1997, *RDAF I* 1998, p. 417-711.
- (*et al.* [sous la direction de P. MOOR]) La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 1996, *RDAF I* 1997, p. 359-604.
- La juridiction administrative vaudoise deux ans après l'entrée en fonction du Tribunal administratif, Bilan provisoire à la lumière de quelques questions de procédure, *RDAF* 1994, p. 241-273.
- La loi en droit vaudois, in : Auer/Kälin (édit.), *La loi en droit public cantonal*, Coire/Zürich 1991, p. 313-335.
- Le recouvrement des frais d'interventions policières auprès des administrés, in : *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur François Gilliard*, Lausanne 1987, p. 125-142.
- Les gentlemen's agreements à participation publique, *RDS* 106/1987 I, p. 367-402.
- L'entreprise publique comme instrument des politiques de l'État, *Cahiers de l'IDHEAP* 8, avril 1983, et *Wirtschaft und Recht*, cahier 3, 1984.
- L'Union suisse pour l'amélioration du logement : son rôle dans la construction de logements d'utilité publique, *Habitation* 1/2 1981, p. 3-9.
- Régime juridique des transports publics de la région lausannoise, Institut de recherche sur l'environnement construit IREC, Lausanne, 1979.

Liste des abréviations

A	arrêté
a (+ abréviation)	ancien (précise qu'il s'agit d'un texte abrogé, remplacé par un nouveau portant un titre identique)
A de l'Ass. féd	arrêté de l'Assemblée fédérale
ad	à
ac.	accord
ACCR / FR	Arrêts de la Commission de recours en matière d'impôt du Canton de Fribourg
ACF	arrêté du Conseil fédéral
ACRAS / FR	Arrêts de la Commission de recours en matière d'assurances sociales du Canton de Fribourg
ADE	Association pour le droit de l'environnement
Adm. féd.	Administration fédérale
AEIP	Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision
AELE	Association européenne de libre échange
AF	arrêté fédéral
AFA	allocations familiales dans l'agriculture
AFC	Administration fédérale des contributions
AFU	arrêté fédéral urgent
aff.	affaire
AI	assurance-invalidité
AISUF	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg (Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg)
al.	alinéa
all.	allemand
ann.	annexe(s)
AP	avant-projet (suivi de l'abréviation de l'acte législatif)
ARC	Annuaire du Registre du Commerce
arch.	archives
Archives	Archives de droit fiscal suisse
arr.	arrondissement
art.	article
ASDA	Association Suisse de Droit Aérien et Spatial
Bulletin ASDA	Bulletin de l'Association Suisse de Droit Aérien et Spatial
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ASS	Aspects de la sécurité sociale
Ass.féd.	Assemblée fédérale

Asyl	Asyl : revue suisse pour la pratique et le droit d'asile
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATCF	Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal et de décisions du Conseil d'État du Canton de Fribourg
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances
ATMC	Arrêts du Tribunal militaire de cassation
AVISDC	Recueil d'avis [de droit] rendus par l'Institut suisse de droit comparé
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BASA	Bulletin ASA / Association suisse de l'arbitrage
BDLF	Banque de données de la législation fribourgeoise
BDS	Bibliographie du droit suisse
BGC	Bulletin du Grand Conseil
bibl.	bibliothèque
bibliogr.	bibliographie
biogr.	biographie
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BJS	Bibliographie juridique suisse
BNS	Banque nationale suisse
BPP	Bulletin de la prévoyance professionnelle
br.	broché
BSGC	Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton du Valais
BSt.	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale
bull.	bulletin
Bulletin ASA	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage
Bulletin ASDA	Bulletin de l'Association Suisse de Droit Aérien et Spatial
Bulletin AT	Aménagement du territoire : bulletin d'information
Bulletin CFB	Bulletin de la Commission fédérale des banques
C	conclus
c./cons./consid.	considérant
c.-à-d.	c'est-à-dire
CA	Concordat [intercantonal] sur l'arbitrage du 27 mars 1969
cant.	canton (pour les désigner, on utilise les abréviations des plaques minéralogiques)
cart.	cartonné
CaS	Causa Sport
CCSPr.	Publications de la Commission suisse des cartels et du Préposé à la surveillance des prix

CCT	convention collective de travail
CdA	Communications de droit agraire
CdB	Cahiers du bail
CDR	Commission de rédaction
CE	Conseil des États
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme)
CEDIDAC	Publications CEDIDAC / Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEE	Communauté économique européenne
cemaj	Collection du Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits
CEP	Commission d'enquête parlementaire
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
CFB	Commission fédérale des banques
CFF	Chemins de fer fédéraux
CFR	Commission fédérale contre le
CG	conditions générales
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
ch.	chiffre
chap.	chapitre
ChF	Chancellerie de la Confédération suisse
CHF	Franc suisse
CHIH	Commentationes Historiae Iuris Helveticae
CHSS	Sécurité sociale
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969
CIC	Codex iuris canonici
CIES	Collection du Centre International d'Étude du Sport
CIR	Commission interne de rédaction
circ.	circulaire
cit.	<i>citato</i> (cité)
CJN	Commentaire de jurisprudence numérique
CJR	Collection juridique romande
CJS	Criminalité, justice et sanctions
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
c/o	care of (aux bons soins de)
col.	colonne

coll.	collection
com.	communication
CommFam	Commentaire du droit de la famille
comp.	comparer
conc.	concordat
conv.	convention
Copiur	Service de coordination des publications électroniques de données juridiques
<i>contra</i>	en sens contraire
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cp.	comparer
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPI	Cour pénale internationale
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CPO	Centre des publications officielles
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale) (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
CRA	Commission suisse de recours en matière d'asile
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CS	Commentaire Stämpfli
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
Cst. cant.	constitution cantonale
ct.	canton
CTT	contrat-type de travail
D	décision
DA	Le Droit d'auteur
dactyl.	dactylographié
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
décl.	déclaration
DEP	Le Droit de l'environnement dans la pratique
dép.	département
DeS	Déviance et société
DG	direction générale
DIP	droit international privé

dir.	directives
–	direction, directeur
disp.	disposition
disp. d'ex.	disposition(s) d'exécution
disp.fin.	disposition(s) finale(s)
disp.trans.	disposition(s) transitoire(s)
d°	<i>dito</i> (comme ci-dessus, de même)
DPC	Droit et politique de la concurrence
DR	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
DTA	Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
DTL	Directives [fédérales] sur la technique législative
DTP	Le droit du travail en pratique
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i> (par exemple)
e.r.	en relation avec
éd.	édition
EDA	Études en droit de l'art
EDC	Études de droit de la consommation
Edis	Éditions interuniversitaires suisses
édit.	éditeur(s)
EF	EXPERT FOCUS
ég.	également
encycl.	encyclopédie
env.	environ
EPF	Ecole(s) polytechnique(s) fédérale(s)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
et cons.	et consorts
etc.	et caetera
étym.	étymologie
évent.	éventuellement
exp.	expéditeur
extr.	extrait(s)
F	feuille
f	français
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FAO	Feuille d'avis officielle de la République et Canton de Genève
fasc.	fascicule
FBDM	Feuille suisse des brevets, dessins et marques
fds	Forum de la santé

FEAS	Fédération suisse des employés en assurances sociales
FF	Feuille fédérale
fig.	figure
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FJJ	Fichier de jurisprudence du Tribunal cantonal [jurassien]
FJS	Fiches juridiques suisses
file	feuille
FO	Feuille officielle des chemins de fer
FOM	Feuille officielle militaire
FOPC	Feuille officielle de la protection civile
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
FP	Forum prisons et liberté
FPT	Feuille officielle des Postes, téléphones et télégraphes
FSA	Fédération suisse des avocats
ft	format
GLLOC	Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération
i	italien
<i>i.c.</i>	<i>in casu</i> (dans le cas présent)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
<i>i.m.</i>	<i>in medio</i>
in	Dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	<i>idem</i> (le même)
IDé	Institut Droit et Économie
introd.	introduction
IRAL	Institut de recherche sur le droit de la responsabilité civile et des assurances
ISDC	Institut suisse de droit comparé
it.	italien
ital.	italique
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JAP	Juge de l'application des peines et mesures
JdT	Journal des Tribunaux
JICRA	Jurisprudence et information de la CRA

LA (+ cant.)	loi d'application (cantonale)	
LACC (+ cant.)	loi d'application du Code civil du canton désigné LE (+ cant.) (cantonale) d'exécution	loi
LeGes	Législation & Évaluation	
let. / <i>lit.</i>	lettre / <i>littera</i>	
liv.	livre	
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)	
M		
	motion	
mél.	mélanges	
Mess.	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale	
mia	milliard	
mio	million	
ML	Medialex	
mod.	modification	
MPC	Ministère public de la Confédération	
ms.	manuscrit	
N		
	numéro(s) marginal(aux)	
n (+ sigle d'une loi)	nouveau, nouvel(le) (utilisé pour des actes législatifs ayant abrogé des actes portant une abréviation identique)	
N.B.	nota bene	
n.d.a.	note de l'auteur	
n.d.e.	note de l'éditeur	
n.d.l.r.	note de la rédaction	
n.d.t.	note du traducteur	
n.p.	non publié	
n.t.	non traduit	
NB	Le notaire bernois	
nbp	note de bas de page	
n ^{o(s)}	numéro(s) (nummer[n] = Nr[n], numero[i])	
nouv.	nouveau, nouvelle	
npp	note de pied de page	
NS	nouvelle série [de la RDS]	
O		
	ordonnance	
O d'ex.	ordonnance d'exécution	
OAC	Office de l'auditeur en chef	
obs.	observation(s)	

OCF	Ordonnance du Conseil fédéral
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (l'œuvre indiquée)
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
P	projet
p.	page(s) (Seite[n] = S., pagina / pagine = pag. / pagg.)
p.c.c.	pour copie conforme
p.ex.	par exemple
p.o.	par ordre
par.	paragraphe(s)
part.	partie
PC	procédure civile
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PCEJE	Publications du Centre d'études juridiques européennes
PCJ	Petite collection juridique
PD	privat docent
PDF	portable document format
PdS	Précis de droit Stämpfli
PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
phr.	phrase
PIFF	Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse
PJA	Pratique juridique actuelle
plaid	plaidoyer : revue juridique et politique
PP	procédure pénale
pp.	pages
PPE	propriété par étages
PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)
Pra TVA	Jurisprudence et pratique en ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée et les autres contributions publiques de la Confédération helvétique
préamb.	préambule
pres.	Prescription
PSP	Portail suisse des périodiques
pv	procès-verbal
R	règlement
r	romanche
R d'ex.	Règlement d'exécution
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RA	Recueil annuel de la législation vaudoise

RBA	Arrêts des tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance
RC	responsabilité civile
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF I = droit administratif / RDAF II = droit fiscal)
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
REC	Revue de l'état civil
Rec.	Recueil
réd.	rédacteur
Réd.	Rédaction
réf.	référence(s)
réimpr.	réimpression
rel.	relié, reliure
rem.	remarque
rem. préél.	remarque(s) préliminaire(s)
rés.	résumé
resp.	respectivement
rev.	revue
rév.	révisé(e)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RgC	registre du commerce
RgF	registre foncier
RInfo-TFB	Règlement du 28 septembre 2011 du Tribunal fédéral des brevets relatif à l'information
RJAM	Assurance-maladie : Jurisprudence et pratique administrative
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJL	Recherches juridiques lausannoises
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RLN	Recueil chronologique de la législation neuchâteloise
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RMDA	Revue mensuelle pour le droit administratif et le notariat du canton de Berne
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel du droit fédéral
ROLF	Recueil officiel du droit fédéral
RO / VS	Recueil des lois, décrets et arrêtés du Canton du Valais
ROB	Recueil officiel des lois bernoises
ROF	Recueil officiel de la législation fribourgeoise

ROLG	Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et Canton de Genève (également intitulé : Recueil officiel de la législation genevoise ou Recueil des lois)
ROTPF	Règlement du 31 août 2010 sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (Règlement sur l'organisation du TPF) (RS 173.713.161)
RPAL	Règlement (fribourgeois) du 11 décembre 2001 sur la publication des actes législatifs (RSF 124.11)
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS / VS	Recueil systématique des lois de la République et Canton du Valais
RSA	Revue suisse d'assurances
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSC	Revue suisse de criminologie
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil officiel systématique de la législation genevoise en vigueur
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RTAF	Règlement du Tribunal administratif fédéral du 17 avril 2008
RTF	Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131)
RTPF	Règlement du 20 juin 2006 du Tribunal pénal fédéral (RS 173.710)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S&D	Sécurité & Droit
s.	siècle
–	suivant(e)
s.a.	<i>sine anno</i> (sans année d'édition)
s.d.	<i>sine dato</i> (sans date)
s.ed.	<i>sine editore</i> (sans indication d'éditeur)
s.l.	<i>sine loco</i> (sans indication de lieu)
s.l.n.d.	sans lieu ni date
s.n.	sans nom
SA	société anonyme
SAS	Société anonyme suisse

seco	Secrétariat d'État à l'économie
sect.	section
Semjud	La Semaine judiciaire
SEVAL	Société suisse d'évaluation
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
SIL	Système d'information sur la législation
SJ	La Semaine judiciaire
Soc.	Société
Spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
ss	suivant(e)s
SSJ	Société suisse des juristes
SSP	Société suisse pour les questions parlementaires
t.	tome
TA	tribunal d'arrondissement
–	tribunal administratif
TAC	Tribunal administratif cantonal
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TDP	Traité de droit privé suisse
TF	Tribunal fédéral suisse
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TFB	Tribunal fédéral des brevets
th.	thèse
tit.	titre
tit.fin.	titre final
tit.marg.	titre marginal
Tmc	Tribunal des mesures de contrainte
TPF	Tribunal pénal fédéral
tr.	traité
trad.	traducteur
–	traduction
Trib.	Tribunal, Tribunaux
UE	Union européenne
USF	Union Suisse des Fiduciaires
vo	sous le mot (pour verbo = au mot)
vol.	volume

Liste des abréviations

vs versus

y.c. y compris

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis allgemein

A.	Auflage
a.A.	am Anfang; anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abk.	Abkommen; Abkürzung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
ABV	Aktionärsbindungsvertrag / -verträge
abw.	abweichend
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGer	Arbeitsgericht
allg.	allgemein
alt	frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
a.M.	anderer Meinung
AmtsB.	Amtsbericht
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
a.o.	ausserordentlich
AppG / AppGer	Appellationsgericht
AppH	Appellationshof
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AT	Allgemeiner Teil
AusfV	Ausführungsverordnung
Ausg.	Ausgabe
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
B	Beschluss
BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BBVers	Beschluss der Bundesversammlung
Bd.	Band
Bde.	Bände

bearb.	bearbeitet (von ...)
Bem.	Bemerkung(en)
Ber.	Bericht
bes.	besonders
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BezGer. / Bez.Ger.	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGer / BGer.	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
Bibl./ bibl.	Bibliografie / bibliografisch
BK	Berner Kommentar
Bl.	Blatt, Blätter
Botsch.	Botschaft
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BRV	Verordnung des Bundesrates
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
Bst.	Buchstabe(n)
BT	Besonderer Teil
Bull.	Bulletin
Bvers /	BVers Bundesversammlung
BWA	Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c.i.c.	culpa in contrahendo
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
Dep.	Departement
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe (Autor)
dgl.	dergleichen
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
Diss. / Diss	Dissertation
E	Entscheidung; Entwurf
E.	in BGE Erwägung

EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EDMZ	Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
EDSB	Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter
EDSK	Eidgenössische Datenschutzkommission
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft(en)
EHRA	Eidgenössisches Handelsregisteramt
eidg.	eidgenössisch
Einl.	Einleitung
EIZ	Europa Institut Zürich
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
erw.	erwähnt
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule(n)
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht
EV / e.V.	eingetragener Verein
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVG / EVGer /	
EVGer.	Eidgenössisches Versicherungsgericht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ExpK	Expertenkommission
f. / ff.	und folgende (Seite / Seiten)
FER	Fachempfehlungen zur Rechnungslegung
Fn.	Fussnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
G	Gesetz
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GB	Grundbuch
geb.	geboren; gebunden
Ger.	Gericht
Ges.	Gesetz; Gesellschaft

GeschBer.	Geschäftsbericht
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
Handb.	Handbuch
hg.	herausgegeben
HGer / HGer.	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HR	Handelsregister
HReg	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Hochschule St. Gallen; seit 1997: Universität St. Gallen
i.A.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.G.	im Gegensatz
IMES	Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung
infra	unten (= hinten im Buch)
inkl.	inklusive
int.	international
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	in Sachen; im Sinne (des, der)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.	in Vertretung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jahrb.	Jahrbuch, Jahrbücher
Jg.	Jahrgang
kant.	kantonal
Kap.	Kapitel
KassG / KassGer	Kassationsgericht
KassH	Kassationshof
KG	Kantonsgericht; Kommanditgesellschaft

KGer / KGer.	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
Konv.	Konvention
KR	Kotierungsreglement (der Schweizer Börse)
krit.	kritisch
KS	Kreisschreiben; Kontrollstelle
Kt.	Kanton
kt.	kantonal
KV	Kantonsverfassung
Lfg.	Lieferung
Lit.	Literatur
lit.	litera = Buchstabe
lt.	laut
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
m.W.	meines Wissens
mat.	materiell
Mitt.	Mitteilung(en)
MKG	Militärkassationsgericht
m.Verw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Note(n); Fussnote(n); Randnote(n)
nat.	national
NAV	Normalarbeitsvertrag
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
o.a.	oben angeführt
o.Ä.	oder Ähnliche(s)
öff.	öffentlich
OG / Oger	Obergericht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Par.	Paragraf(en)
PK	Parlamentarische Kommission; Pensionskasse
ppa.	per procura

Prot.	Protokoll(e)
PS	Partizipationsschein(e)
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
RA	Rechtsanwalt
RB	Rechenschaftsbericht; Rechtsbuch
Red.	Redaktion; Redaktor
Reg.	Register; Regierung
rev Richtl.	revidiert Richtlinien
RR	Regierungsrat
RS	Revisionsstelle
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite(n)
s.a.	siehe auch; sine anno = ohne Jahr (esangabe)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchlBest.	Schlussbestimmungen
SchlT	Schlusstitel
schweiz.	schweizerisch
SHIV	Schweizerischer Handels- und Industrie-Verein
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
SJV	Schweizerischer Juristenverein
SNB	Schweizerische Nationalbank
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
spez.	speziell
SR	Ständerat
StA	Staatsanwalt; Staatsanwaltschaft
StPO	Strafprozessordnung
StWE	Stockwerkeigentum
s.u.	siehe unten
Suppl.	Supplement
supra	oben (= vorn im Buch)
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
SVS	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
sys.	systematisch

Tit.	Titel
u.a.	und andere(s); unter anderem (anderen)
u.Ä.	und Ähnliche(s)
u.a.m.	und andere(s) mehr
Üb.	Übereinkommen; Übereinkunft
ÜbBest.	Übergangsbestimmung(en)
u.dgl.m.	und dergleichen mehr
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.W.	unseres Wissens
VE	Vorentwurf
Vereinb.	Vereinbarung
Verf.	Verfasser; Verfassung
Vf., Vfg	Verfügung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume = Band
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VR	Verwaltungsrat
vs.	versus = gegen
VVO	Vollziehungsverordnung/Vollzugsverordnung
Vw.	Verwaltung
WTO	World Trade Organisation
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
z.T.	zum Teil
zzt.	zurzeit

Verzeichnis der gebräuchlichsten Abkürzungen von Gesetzen und Staatsverträgen

AFG	BG vom 1. Juli 1966 bzw. vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (SR/RS 951.31)
AHVG	BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR/RS 831.10)
AHVV	V vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR/RS 831.101)
ANAG	BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR/RS 142.20)
ArG	BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Arbeitsgesetz (SR/RS 822.11)
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR/RS 142.31)
AtG	BG vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie, Atomgesetz (SR/RS 732.0)
AVG	BG vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Arbeitsvermittlungsgesetz (SR/RS 823.11)
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, Arbeitslosenversicherungsgesetz (SR/RS 837.0)
BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR/RS 952.0)
BBG	BG vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung, Berufsbildungsgesetz (SR/RS 412.10)
BBV	V vom 19. November 2003 über die Berufsbildung, Berufsbildungsverordnung (SR/RS 412.101)
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, Börsengesetz (SR/RS 954.1)
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 25. Juni 1997 über die Börsen und den Effektenhandel, Börsenverordnung-EBK (SR/RS 954.193)
BEHV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote, Übernahmeverordnung-UEK (SR/RS 954.195.1)
BetmG	BG vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe, Betäubungsmittelgesetz (SR/RS 812.121)
BewG	BG vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR/RS 211.412.41)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBB	BG vom 4. Oktober 1991 über das bauerliche Bodenrecht (SR/RS 211.412.11)
BGBM	BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, Binnenmarktgesetz (SR/RS 943.02)
BGFA	BG vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) (SR/RS 935.61)

BGG	BG vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz (SR/RS 173.110)
BGST	BG vom 18. Juni 2010 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (SR/RS 745.2)
BSG	BG vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschifffahrt (SR/RS 747.201)
BoeB	BG vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR/RS 172.056.1)
BStP	BG vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR/RS 312.0)
BSV	V vom 8. November 1978 über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern, Binnenschifffahrtsverordnung (SR/RS 747.201.1)
BüG	BG vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, Bürgerrechtsgesetz (SR/RS 141.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 bzw. vom 18. Dezember 1998 (SR/RS 101)
BVG	BG vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR/RS 831.40)
BZP	BG vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR/RS 273)
DBG	BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR/RS 642.11)
DesG	BG vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design, Designgesetz (SR/RS 232.12)
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR/RS 235.1)
EGZGB	(kantonale) Gesetze betreffend die Einführung des ZGB
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR/RS 0.101)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR/RS 730.0)
FHG	BG vom 6. Oktober 1989 über den eidgenössischen Finanzhaushalt, Finanzhaushaltsgesetz (SR/RS 611.0)
FinfraG	BG vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel, Finanzmarktinfrastrukturgesetz (SR/RS 958.1)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR/RS 784.10)
FusG	BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) (SR/RS 221.301)
FZG	BG vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Freizügigkeitsgesetz (SR/RS 831.42)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (SR/RS 0.632.21)
GBV	V vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (SR/RS 211.432.1)
GeBüV	V vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung; GeBüV) (SR/RS 221.431)

GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) (SR/RS 272)
GIG	BG vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Mann und Frau, Gleichstellungsgesetz (SR/RS 151)
GVG	BG vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse, Geschäftsverkehrsgesetz (SR/RS 171.11)
GWG	BG vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor, Geldwäschereigesetz (SR/RS 955.0)
HRegV, HRV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (SR/RS 221.411)
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR/RS 291)
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR/RS 831.20)
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, Kollektivanlagengesetz (SR/RS 951.31)
KG	BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz (SR/RS 251)
KGTG	BG vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG) (SR/RS 444.1)
KKG	BG vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG) (SR/RS 221.214.1)
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Hauptbörse vom 24. Januar 1996
KUVG	BG vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung (SR/RS 832.10)
KV	Kantonsverfassung
KVAG	BG vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (SR/RS 832.12)
KVG	BG vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR/RS 832.10)
LFG	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt, Luftfahrtgesetz (SR/RS 748.0)
LMG	BG vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, Lebensmittelgesetz (SR/RS 817.0)
LPG	= BG vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (SR/RS 221.213.2)
LugÜ	Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR/RS 0.275.11)
LWG	BG vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (SR/RS 910.0)
MSchG	BG vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben, Markenschutzgesetz (SR/RS 232.11)

MStP	Militärstraftprozess von 23. März 1979 (SR/RS 322.1)
MWSTG	BG vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer, Mehrwertsteuergesetz (SR/RS 641.20)
MWStV	Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer (SR/RS 641.201)
NIV	V vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen, Niederspannungs-Installationsverordnung (SR/RS 734.27)
NSAG	BG vom 19. März 2010 über die Abgabe für die Benützung von Nationalstrassen, Nationalstrassenabgabegesetz (SR/RS 741.71)
OHG	BG vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Opferhilfegesetz (SR/RS 312.5)
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR/RS 220)
PatG	BG vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (SR/RS 232.14)
PBG	BG vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung, Personenbeförderungsgesetz (SR/RS 745.1)
POG	BG vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post, Postorganisationsgesetz (SR/RS 783.1)
PrHG	BG vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftungspflicht, Produkthaftungspflichtgesetz (SR/RS 221.112.944)
PrSG	BG vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (SR/RS 930.11)
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR/RS 942.20)
RPG	BG vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR/RS 700)
RTVG	BG vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR/RS 784.40)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR/RS 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR/RS 172.010.1)
SBBG	BG vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR/RS 742.31)
SchKG	BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR/RS 281.1) (SR/RS 741.21)
SprstG	BG vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe, Sprengstoffgesetz (SR/RS 9431.41)
SSV	Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SR/RS 741.21)
StG	BG vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (SR/RS 641.10)
StG	Steuergesetz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR/RS 311.0)

StHG	BG vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR/RS 642.14)
StPO	Strafprozessordnung
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR/RS 741.01)
THG	BG vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (SR/RS 946.51)
TSchG	Tierschutzgesetz vom 9. März 1978 (SR/RS 455)
URG	BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz (SR/RS 231.1)
USG	BG vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz, Umweltschutzgesetz (SR/RS 814.01)
UVG	BG vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR/RS 832.20)
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR/RS 241)
VAG	BG vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen, Versicherungsaufsichtsgesetz (SR/RS 961.01)
VStG	BG vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (SR/RS 642.21)
VStrR	BG vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR/RS 313.0)
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR/RS 221.229.1)
VwVG	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR/RS 172.021)
Wiener Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinigten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR/RS 0.221.211.1)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR/RS 210)
ZPO	Zivilprozessordnung (im Kt.)
ZSG	BG vom 17. Juni 1994 über den Zivilschutz, Zivilschutzgesetz (SR/RS 520.1)
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 1. Juni 1953 (SR/RS 211.112.1)

Verzeichnis der Abkürzungen von offiziellen Gesetzessammlungen, Zeitschriften, Zeitungen, Entscheidungssammlungen und Schriftenreihen

AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (auch AmtlBull)
AGE	Appellationsgerichtsentscheide (Basel; ab 1954: BJM)
AHI-Praxis	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis des Bundesamt für Sozialversicherung (Bern)
AISUF	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg (Freiburg)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)

AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (auch AB)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
ARV	Arbeitsrecht. Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern); Bulletin der Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (Basel)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
Asyl	Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis (Zürich)
BBA	Berner Bankrechtliche Abhandlungen (Bern)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BBSW	Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht (Bern)
BBT	Berner Bankrechtstag (Bern)
BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich (Zürich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BN	Der Bernische Notar (Bern)
BR	Baurecht (Fribourg)
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947
BSR	Bibliographie des schweizerischen Rechts (Basel)
causasport	Die Sport-Zeitschrift für nationales und internationales Recht sowie für Wirtschaft
CHSS	Soziale Sicherheit (Bern)
CR	Computer und Recht (München)
CuR	Computer und Recht (Zürich, ab 1995: IuR)
DAG	Das Anwaltsgeheimnis (Zürich)
digma	digma. Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
EBK Bull.	Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommision (Bern)
EIZ	Wissenschaftliche Schriftenreihe des Europa Institutes Zürich
EuGHRspr	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Luxemburg)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Strassburg; Kehl a. Rhein)
EuR	Europarecht (Baden-Baden)
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München/ Frankfurt)
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

FAMPRA.ch	Die Praxis des Familienrechts (Olten)
FStR	IFF Forum für Steuerrecht (St. Gallen)
F.u.F.	Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht (Bern)
FuR	Familie und Recht (Neuwied, ab 1990)
FuW	Finanz und Wirtschaft (Zürich)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (Freiburg)
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich), bis 2000: SVZ
ISI	Internationale Steuerinformation (Zürich)
IuR	Informatik und Recht (Zürich)
ius.full	ius.full. Forum für juristische Bildung (Zürich)
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Herne)
IWIR	Insolvenz- und Wirtschaftsrecht (Zug)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
JB HR	Jahrbuch des Handelsregisters (Zürich)
JKR	Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (Bern)
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (Luzern)
LS	Zürcher Gesetzessammlung, Zürcher Loseblattsammlung (Zürich)
media lex	Zeitschrift für Kommunikationsrecht (Bern)
mp	mietrechtspraxis, Zeitschrift für Schweizerisches Mietrecht (Basel)
MRA	MietRecht Aktuell (Basel)
NIWUZ	Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/ Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
PBG aktuell	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht (Zürich)
pläd	plädoyer (Zürich)
PMMBl.	Schweizerisches Patent-, Muster- und Marken-Blatt
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
recht	recht (Bern)
REPRAX	Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis (Zürich)

RStrS	Rechtsprechung in Strafsachen (Bern)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide
SAV	Schriftenreihe des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Zürich)
SE	Schriften zum Europarecht (Bern)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SHZ	Schweizerische Handelszeitung (Zürich)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich; bis 1996: SMI)
SIG	Schriften zum Internationalen Gesellschaftsrecht (Bern)
SIR	Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen (Basel)
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (Zürich)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKSR	Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht (Zürich), seit 1993: Schriftenreihe zum Obligationenrecht (Zürich)
SM	Schriften zum Medienrecht (Bern; seit 1986: Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, SMI [Bern])
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht I (ab 1997: sic!) Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht (Bern; bis 1985: Schriften zum Medienrecht, SM [Bern])
SnA	Schriften zum neuen Aktienrecht (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (eine mehrbändige systematische Darstellung des Privatrechts, Basel / Frankfurt a.M.)
SpuRT	Zeitschrift für Sport und Recht (München/ Bern)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung); Steuer Revue (Bern)
SSA	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (Bern)
SSBR	Schweizer Schriften zum Bankrecht (Zürich)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSiW	Schweizer Schriften zum internationalen Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSPHW	St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Bern/Stuttgart/Wien)
SStIR	Schweizer Studien zum Internationalen Recht (Zürich)
SSiIR	Schweizer Studien zum Internationalen Recht / Études suisses de droit international (deutschsprachige Beiträge Bern / französischsprachige Beiträge Genf)
SStR	Schriften zum Steuerrecht (Zürich)
SSTRK	Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Zürich), seit 1990 Schriftenreihe der Treuhandkammer (Zürich)
SSVV	Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht (Zürich)

ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StE	Der Steuerentscheid, Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen (Basel)
StenBull	Stenographisches Bulletin (seit 1967: AmtlBull)
StR	Steuer Revue (Bern)
successio	Zeitschrift für Erbrecht (Zürich)
SzE	Schriften zum Europarecht (Zürich/Bern)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (Zürich)
SzOR	Schriftenreihe zum Obligationenrecht (Zürich)
SzS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
SzsR	Schriften zur schweizerischen Rechtspolitik (Zürich)
SzU	Schriftenreihe zum Umweltrecht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TREX	Der Treuhandexperte (Zürich)
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Bern)
VKKP	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (Bern)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VSIR	Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (Zürich)
WR/WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (Zürich, bis 1990)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich bis 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, ZSGV [Zürich])
ZIK	Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich (Zürich)
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
zsis	Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (Zürich, erscheint nur online)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

ZStP	Zürcher Steuerpraxis (Zürich 1992 ff.)
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen (Bern)

