

Réflexions de droit suisse au sujet du service public

Pierre Moor

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

I. Terminologie

La notion de « service public » est à peu près ignorée en droit suisse¹. Lorsqu'il est question de ce que font les collectivités publiques, on parle en droit suisse plutôt d'« activités publiques » ou de « tâches publiques » ; ces termes ont d'ailleurs une portée plutôt descriptive². *Öffentlicher Dienst*, la traduction littérale allemande, renvoie essentiellement au droit de la fonction publique. Seul emploi consacré : la concession de service public (dans le même sens qu'en droit français), mais la doctrine germanophone ne l'utilise guère — elle parle de *Beleihung* ou *Monopolkonzession*, suivant les cas. Le service dit universel (par exemple pour la poste) ne se traduit pas en allemand par l'équivalent allemand *Dienst*, mais par *Grundversorgung*, littéralement « approvisionnement (ou équipement) de base³ » ; à l'intérieur du service universel, se trouve le service réservé, c'est-à-dire celui qui est exercé en monopole par la collectivité (et on dit là *reservierter Dienst*). Il arrive que la doctrine suisse francophone parle cependant de service public, dans un sens restreint — et d'ailleurs purement descriptif, sans aucune portée normative — pour désigner les activités publiques qui

¹ Nous ne donnerons pas d'indications bibliographiques, qu'on trouvera dans les ouvrages cités ci-après. Le lecteur peut d'abord se référer à l'ouvrage collectif, T. Tanquerel et F. Bellanger (dir.), *Le service public*, Genève-Zurich, Bâle, 2006. Pour les dispositions constitutionnelles citées, v. P. Mahon, *Droit constitutionnel*, 2 t., Bâle, 2013 ; A. Auer, M. Hottelier et G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, 2 t., Berne, 2013 ; B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R. J. Schweizer et K. A. Vallender (dir.), *Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar*, 2^e éd., 2 t., Zurich, 2008. Pour le droit administratif, P. Moor, A. Flückiger et V. Martenet, *Droit administratif I : Les fondements*, 3^e éd., Berne, 2012 ; P. Moor et É. Poltier, *Droit administratif II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, 2010 ; P. Moor, F. Bellanger et T. Tanquerel, *Droit administratif III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd. à paraître. Les initiales ATF désignent la collection des *Arrêts du Tribunal fédéral*.

² V. les art. 42 et 43 de la Constitution fédérale, du 18 avr. 1999 (ci-après Cst.), qui introduisent le titre 3, consacré à l'énumération des compétences fédérales ; exception notable, où ces termes ont une portée normative, celle de l'art. 35 II Cst., dont il sera question plus bas.

³ Notion, comme on sait, du droit européen, qu'on peut définir comme un ensemble minimal de services d'une qualité définie auquel tous les consommateurs et les utilisateurs peuvent accéder à un prix abordable. V. l'art. 43a IV Cst. : « Les prestations de base doivent être accessibles à tous dans une mesure comparable. »

fournissent des prestations positives⁴ (enseignement, hôpitaux publics, services industriels).

Cela ne signifie pas que les termes de « services publics » ne soient pas utilisés dans la langue politique, surtout depuis que les privatisations sont à l'ordre du jour et que le législateur a — néanmoins — le souci, spontanément ou non, d'assurer l'accès des utilisateurs à des conditions économiques socialement et géographiquement adéquates⁵.

Cela ne veut évidemment pas dire non plus que le droit suisse ignore les questions que le droit français résout avec le concept-clé de service public ; il travaille plutôt, comme nous l'avons dit, avec celui de tâches publiques, ou, plus largement, avec celui d'intérêt public — c'est-à-dire, du moins dans l'abstrait, des notions qui sont quand même relativement proches de la notion française. Mais il est d'autres questions, que le droit positif suisse situe dans une autre configuration et qui sont dès lors abordées autrement, plus précisément par la notion de pouvoir de puissance publique, qui, on le verra, se situe sur le même pied quant à son importance que celle de tâche publique : cela signifie qu'elle n'en est pas la conséquence.

En fait, ces notions sont toutes si centrales dans la systématique du droit public qu'examiner comment le droit suisse résout les problèmes pour lesquels le droit français utilise la notion de service public exigerait quasiment de parcourir la quasi-totalité des concepts fondamentaux du droit administratif. Contraint par le temps qui nous est imparti, nous en avons choisi trois, d'entente avec les organisateurs du colloque : la distinction entre droit public et droit privé, les limites à l'institution d'une activité en service public, le régime des activités publiques qui sont gérées selon un mode privé⁶. Nous espérons qu'il n'y a aucun juriste suisse dans l'assistance, car nous serons inévitablement amené à faire des approximations et des simplifications qu'il jugerait sans aucun doute outrancières ! Nous préciserons aussi d'emblée que nous allons laisser délibérément de côté la dimension idéologique (ou philosophique) pour ne traiter la problématique que sous l'angle des questions posées en droit positif, telles

⁴ Par opposition aux prestations négatives, qui consistent en une obligation d'abstention, et qui sont caractéristiques de la définition classique de la portée des droits fondamentaux dans l'administration de police (interdiction de leur porter atteinte).

⁵ Dans le contexte des politiques de privatisation, le Conseil fédéral, par exemple, a déposé devant les Chambres fédérales un rapport intitulé en français *Le service public dans le domaine des infrastructures* et en allemand *Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)*, in *Feuille fédérale* 2004 4309, *Bundesblatt* 2004 4569 ; le terme est cependant employé dans un sens restreint, qui ne vise que les prestations nécessitant d'importantes infrastructures.

⁶ On laissera donc de côté les régimes d'exploitation du service public (régie, concession, délégation), les principes de gestion (égalité, continuité, mutabilité) — il n'y a pas de différences substantielles d'avec le droit français. On ne traitera pas non plus des conditions d'accès à la justice administrative.

qu'on aurait pu tout aussi bien en imaginer la solution en utilisant la notion de service public.

II. La distinction entre droit public et droit privé

A. Les critères

C'est une question préalable : si le droit administratif est le droit des activités publiques en tant que régies par des règles qui lui sont propres (c'est-à-dire le droit public et plus particulièrement le droit administratif), se pose la question du critère de distinction entre droit public et droit privé. Or, en droit suisse, il n'existe non pas un, mais plusieurs critères, également employés. Il s'agit principalement de deux critères (chacun se différenciant à son tour en sous-critères, en fonction des éléments jugés plus ou moins topiques, ce qui en donne en réalité près d'une dizaine — nous n'entrerons pas dans les détails). Le premier résulte de la qualification de l'intérêt poursuivi par la norme ou le rapport de droit à classer (théorie des intérêts) : sont de droit public les normes qui poursuivent un intérêt public. Le second se rapporte à l'existence d'un pouvoir de puissance publique (théorie de la subordination) : sont de droit public les normes qui autorisent les collectivités publiques (ou des délégataires) à prendre des actes juridiques individuels/concrets unilatéraux. Il peut donc se trouver qu'une norme soit de droit public pour un certain problème (par exemple qui, de la Confédération ou des cantons, est compétent pour légiférer) et de droit privé pour un autre (par exemple quel est le juge compétent pour être saisi du contentieux) ; à vrai dire, cela est assez rare, mais il n'est en soi pas exclu que l'extension des deux critères ne coïncide pas. Les deux cercles qui sont dessinés par chacun des critères sont concentriques, mais le diamètre de l'un est plus large que celui de l'autre : si tout pouvoir de puissance publique doit être légitimé par l'intérêt public visé, il peut y avoir des activités étatiques d'intérêt public dont la mise en œuvre peut se passer de moyens de puissance publique (l'anneau, dans la figure géométrique des deux cercles) — mais c'est loin d'être fréquent.

Il est vrai que la doctrine a cherché longtemps un critère unique, mais elle y a finalement renoncé ; les ouvrages énumèrent les critères possibles. La jurisprudence opère de manière éclectique : elle emploie celui des critères qui est le plus adéquat à résoudre la question telle que la révèle l'analyse du problème juridique qui requiert que la distinction soit faite. Le Tribunal fédéral le formule dans ces termes : « La délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire ; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait

définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique⁷. » Cela ne l'empêche d'ailleurs pas de tester les critères en même temps, et il est évidemment très satisfait s'ils aboutissent au même résultat.

B. Casuistique

Par exemple, s'agissant de déterminer si un canton a la compétence de légiférer sur une matière donnée — et il ne l'a que si les règles qu'il adopte sont de droit public, la Confédération ayant une compétence exclusive pour le droit privé —, on utilise le critère des intérêts. Car il s'agit de caractériser la légitimité d'une activité étatique en la délimitant de ce qui relève purement de la sphère privée, et c'est l'analyse de la finalité concrète qu'elle vise qui est déterminante : elle permet d'opposer l'hétéronomie de la sphère publique à l'autonomie de la volonté qui caractérise le droit privé⁸.

De même, s'agissant de délimiter les contrats de droit administratif de ceux de droit privé, on applique le critère des intérêts ; celui de la subordination est d'ailleurs par définition non pertinent, puisqu'il est de la nature de tout contrat de reposer sur le consentement des parties⁹.

S'agissant de délimiter la compétence du juge administratif, le contentieux étant ouvert contre les décisions fondées sur le droit public, on utilisera le critère de la subordination. En effet, le besoin de protection des administrés se fait sentir avant tout lorsque la collectivité peut agir unilatéralement.

S'agissant du contentieux patrimonial (contractuel ou délictuel), de nombreux cantons l'attribuent encore au juge civil. C'est ici un fossile d'un ancien critère, celui dit du fisc.

S'agissant enfin plus spécifiquement de la qualification des rapports juridiques entre un établissement public et ses usagers, la jurisprudence recourt le plus souvent au critère de la subordination¹⁰.

Il est donc clair qu'une norme peut recevoir des qualifications variées. Ainsi, des lois cantonales de protection des locataires ont pu être qualifiées de droit public

⁷ ATF 138 (2012) II 134 (138) ; 132 (2006) I 270 (273) ; 128 (2002) III 250 (253).

⁸ L'activité publique est par définition hétéronome, puisqu'elle doit poursuivre un but de conservation ou de promotion de valeurs sociales ; au contraire, les buts que poursuivent les particuliers dans leurs rapports n'intéressent pas le droit, sous réserve de ceux qui sont illicites ou immoraux.

⁹ ATF 128 (2002) III 250 (255).

¹⁰ Ainsi droit public pour les hôpitaux publics, les services industriels en monopole ; droit privé par exemple pour une piscine communale. Cependant, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est référé à une variante du critère des intérêts, pour soumettre au droit public la mise à disposition d'espaces publicitaires dans une gare, comme étant connexe avec les tâches de l'entreprise ferroviaire (ATF 138 [2012] I 274 [278]).

s'agissant de la compétence législative (intérêt public de politique sociale), alors même que le contentieux qu'elles pouvaient provoquer entre bailleur et locataire allait relever, selon les règles de procédure cantonales, du juge civil¹¹. Mais, comme nous l'avons dit, c'est rare. On peut noter, au titre d'un autre exemple, la notion de droit public accessoire : il s'agit de normes qui, quoique instaurant un rapport de subordination (par exemple la surveillance des fondations, les décisions prises par les registres publics) et dont le contentieux, au niveau cantonal, doit souvent être porté devant le juge administratif, relèvent de la compétence de droit privé de la Confédération parce que servant à réguler des rapports entre particuliers. Autre notion paradoxale, celle de norme de nature double : ainsi, pour garantir le libre accès aux forêts¹² — droit ouvert par le droit privé fédéral —, le promeneur qui se le voit interdire par le propriétaire peut, suivant les cantons, saisir aussi bien le juge civil que l'autorité administrative¹³.

Soit dit en passant, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, on le sait, a introduit ses propres critères.

Il en résulte que le problème de la distinction entre droit public et droit privé est en grande partie théorique, voire purement académique — nous dirions volontiers métajuridique, relevant de la philosophie politique, voire de l'idéologie. Pratiquement, les difficultés qu'elle suscite relèvent plus pragmatiquement de l'interprétation des règles applicables du droit positif¹⁴, ce qui ne veut bien sûr pas dire que leur solution soit toujours simple.

III. La création d'un service public : la légitimation d'une tâche étatique par un intérêt public

La légitimation de la création d'un service public se pose au regard de la Constitution, principalement au regard de la garantie de la liberté économique en tant que droit fondamental subjectif¹⁵. Il faut ajouter que la Constitution consacre non seulement la liberté économique comme droit subjectif, mais aussi, objectivement, l'économie de marché comme le principe même de la structure économique, ce par quoi on entend

¹¹ ATF 98 (1972) Ia 491 ; v. aussi ATF 58 (1932) I 26 (vacances payées obligatoires, introduites par le canton de Bâle-Ville). Aujourd'hui, ces deux domaines ont été repris dans la législation de droit privé fédéral.

¹² Un droit ignoré en droit français, sauf en Alsace.

¹³ ATF 106 (1980) Ib 47 (49), 231 (238).

¹⁴ Par exemple, analyse des règles sur la certification des appellations d'origine contrôlée, sur la constitution de personnes morales, sur l'octroi de subventions, etc.

¹⁵ L'art. 27 confère un droit fondamental subjectif.

un système économique fondé sur la libre concurrence¹⁶. (En outre, les cantons ne peuvent, en instituant une activité comme tâche publique, empiéter sur une compétence fédérale : mais cet aspect n'intéresse pas spécifiquement notre sujet.)

Préalablement, on notera toutefois que la question ne se pose que pour la création de services publics cantonaux et communaux. En effet, les lois fédérales échappant au contrôle de leur constitutionnalité, la jurisprudence ne vise donc que les tâches publiques de la compétence cantonale (bien qu'on puisse penser que le législateur fédéral respecte les principes qui s'imposent aux cantons¹⁷).

A. Les monopoles de droit

Il y a monopole de droit lorsque les tiers sont exclus de l'activité en cause (monopole direct) ou lorsque les destinataires de cette activité doivent recourir dans le domaine en cause aux services de la collectivité publique (ce qui en général exclut que des tiers l'exercent ; monopole indirect). La création d'un tel monopole, qui consiste à exercer une activité de nature économique (production de biens ou de services) en la soustrayant à l'économie de marché, est subordonnée à trois conditions, lesquelles découlent de la garantie de la liberté économique (art. 27 Cst.). Ces trois conditions sont d'ailleurs identiques pour tous les droits fondamentaux (art. 36 Cst.¹⁸). Elles sont les mêmes, que le monopole soit géré en régie, sur délégation ou par concession.

La première condition est celle de la base légale : il faut l'intervention du législateur (formel : le parlement). Il faut de plus une base légale spécifique si le monopole n'est pas géré en régie.

L'intervention publique restreignant une liberté fondamentale, il doit exister un intérêt public suffisant et le principe de la proportionnalité doit être respecté ; ce sont les deux autres conditions. À vrai dire, à notre époque de privatisations, sur le plan politique, le législateur n'a guère été tenté ces dernières années de créer de nouveaux monopoles — bien au contraire —, de sorte qu'il n'y a que peu de jurisprudence récente vraiment illustrative ; et elle concerne non pas l'instauration de monopoles nouveaux, mais la confirmation de monopoles anciens. A été admis le monopole

¹⁶ Art. 94 Cst. : « La Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique » ; la disposition est la première de la série d'articles qui sont consacrés aux compétences étatiques en matière économique.

¹⁷ Art. 191 Cst. Parmi les services publics régis par le droit fédéral, on citera les services postaux, les télécommunications, les transports publics, les moyens de communication audiovisuels (radio et télévision). Le droit fédéral, dans ces domaines, a mis sur pied des régimes mixtes (concessions de service public et marché), de telle manière que le service universel soit assuré.

¹⁸ Al. 3 : « Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. »

communal sur la livraison d'électricité aux consommateurs finaux¹⁹ — la distribution d'électricité étant reconnue comme une tâche d'intérêt public — mais cette jurisprudence est dépassée par la législation récente (2007), instaurant un régime analogue à celui du droit européen, ouvrant un droit d'accès à tout fournisseur (du moins, à l'heure actuelle, en ce qui concerne les gros consommateurs finaux) ; de même le monopole de l'assurance incendie sur les bâtiments, justifié par le bas niveau des primes que l'obligation d'assurance et le monopole garantissent et par le fait qu'une partie importante des recettes est affectée au financement de mesures préventives ; de même le monopole de l'assurance accidents pour les enfants scolarisés ; le monopole de l'enlèvement des ordures ménagères ; le monopole du ramonage²⁰. La rareté de la jurisprudence rend difficile de définir les conditions auxquelles un intérêt public est admis ; généralement, on se contente de déclarer qu'il faut des motifs pertinents de police (protection de l'ordre public, essentiellement la santé) ou de politique sociale (ainsi les deux monopoles dans le domaine de l'assurance). Une chose est toutefois certaine : les monopoles poursuivant un intérêt financier (fiscal), destinés donc à produire des recettes, sont exclus ; mais un rendement modeste est permis, dans la mesure toutefois où il n'est pas régulièrement budgétairement programmé²¹.

La troisième condition est celle de la proportionnalité : il ne doit pas exister un moyen moins incisif, mais qui permet d'atteindre de manière adéquate la fin d'intérêt public visée. C'est ainsi que n'a pas été admis un monopole communal d'affichage sur l'entier du territoire (y compris donc sur les fonds privés) : les buts invoqués (sécurité du trafic, protection du paysage) peuvent également être atteints par un système d'autorisations de police préalables²². Il faut préciser qu'une partie de la doctrine, minoritaire cependant, critique aujourd'hui l'un ou l'autre des monopoles cités ci-dessus, précisément sous l'angle de la proportionnalité (le ramonage, les assurances).

B. Les monopoles de fait et les monopoles virtuels

Il y a des activités publiques qui constituent des monopoles à raison de simples circonstances de fait. Aucune règle juridique n'exclut les tiers de l'activité en cause ou ne les oblige à recourir à un service étatique.

¹⁹ On peut se demander toutefois s'il ne s'agit pas d'un monopole de fait, v. ci-dessous. ATF 132 (2006) I 282 (288).

²⁰ ATF 124 (1998) I 11 (15) et 25 (30) ; 101 (1975) Ia 124 (128) ; 125 (1999) II 508 (511) et 123 (1997) II 359 (368) ; 109 (1973) Ia 193 (196) et 96 (1970) I 204 (208).

²¹ ATF 124 (1998) I 11 (21 ss).

²² ATF 128 (2002) I 3 (15) (renversant une jurisprudence antérieure).

La première situation est celle des monopoles de fait, dans lesquels une activité économique requiert l'utilisation accrue du domaine public : en refusant aux tiers les autorisations ou concessions domaniales nécessaires, la collectivité peut se réserver l'activité en cause — cela est admis par la jurisprudence, dans la mesure où il s'agit d'une activité d'intérêt public (ainsi la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité [pour celle-ci, partiellement, jusqu'à une date récente ; le marché est en cours de libéralisation²³])²⁴. A été admis le monopole communal de l'affichage sur le domaine public²⁵. La jurisprudence considère qu'une base légale n'est pas nécessaire, mais une partie de la doctrine le conteste, considérant que la maîtrise du domaine public ne doit pas faire obstacle à la primauté de l'économie de marché et que la décision est suffisamment importante pour avoir besoin d'une légitimation politique.

La seconde situation est celle que certains appellent monopole virtuel : elle est donnée lorsque les conditions de fait dans lesquelles s'exerce une activité d'intérêt public (mais non monopolisée : écoles²⁶, hôpitaux [jusqu'à une date récente²⁷], bibliothèques publiques) peuvent empêcher le secteur privé d'exercer la même activité, parce qu'elles sont financées sur le budget général de la collectivité et que le coût de leurs prestations en est réduit d'autant. L'existence de tels monopoles est admise. À vrai dire, en réalité, les collectivités n'en abusent pas ; ceux qu'on peut citer sont clairement d'intérêt public.

En principe, la jurisprudence laisse aux cantons, quant à l'appréciation de la présence d'un intérêt public suffisant, une assez large marge de liberté ; elle considère en effet qu'il appartient en première ligne au législateur de consacrer l'intérêt comme public — en particulier, d'évaluer le besoin social de l'intervention publique —, le juge constitutionnel n'ayant à se substituer à lui que s'il apparaît que, en réalité, le but poursuivi relève de l'interventionnisme économique ; à vrai dire, le législateur n'a en réalité que très rarement abusé de sa liberté.

C. En dehors d'une situation de monopole

²³ En effet, en cette matière — comme en d'autres d'ailleurs (transports, télécommunications) —, la Suisse suit la politique de l'Union européenne (v. le *Rapport* précité du Conseil fédéral, p. 4368).

²⁴ ATF 129 (2003) II 497 (508) ; 125 (1999) I 209 (222).

²⁵ ATF 128 I 3 (11) ; 125 I 209 (222) ; 95 (1969) I 144 (148). Des emplacements doivent être mis à disposition de tiers — la garantie de la liberté d'expression, en particulier, l'exige : ATF 127 (2001) I 84 (88).

²⁶ La Constitution (art. 62 II) prévoit un enseignement de base ouvert à tous les enfants, jusqu'à la fin de la neuvième année scolaire, obligatoire, placé sous la direction ou la surveillance de l'État, gratuit dans les écoles publiques.

²⁷ Une récente révision de la législation a introduit un régime de concurrence entre le secteur public et le secteur privé en la matière, le financement des prestations hospitalières de l'un et de l'autre obéissant au même régime.

Il y a des activités d'intérêt public dont ni l'institution ni la gestion ne reposent sur une situation de monopole : assistance sociale, politique culturelle, installations sportives, par exemple. En principe, il faut néanmoins une base légale, parce que, selon le principe de légalité, les régimes de prestations administratives exigent une légitimation démocratique. À vrai dire, il n'y a guère de jurisprudence, du fait qu'il n'y a en principe qu'une situation dans laquelle des particuliers auraient intérêt à recourir contre de tels régimes : à savoir celle dans laquelle une prestation leur serait refusée ou dans laquelle les conditions d'accès seraient aggravées. Les arrêts qui consacrent cette extension du principe de légalité concernent précisément de telles situations²⁸. Et ils se montrent moins stricts dans les exigences de précision de la base légale que lorsqu'il s'agit de l'administration restrictive.

D. Application de la législation cartellaire ?

Les entreprises publiques dont l'activité se rapporte à des prestations économiques susceptibles d'être obtenues sur le marché rentrent dans le champ d'application de la législation cartellaire et de la législation sur la surveillance des prix, à moins qu'elles ne soient régies par des prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou — surtout, en ce qui concerne le service public — qui leur confèrent des droits spéciaux²⁹. Sont donc clairement exclus du champ d'application de ces législations les monopoles de droit — mais non pas ceux de fait, puisque leur fondement ne réside précisément pas sur une réglementation qui aurait pour objet l'activité économique en cause, mais sur la maîtrise du domaine public.

N'est pas soumis à la législation cartellaire l'octroi des concessions, puisqu'il s'agit là d'un acte de puissance publique.

E. Des obligations constitutionnelles de créer un service public ?

La création de services publics relève de la compétence du législateur, fédéral ou cantonal, voire communal, dans les limites de leurs compétences. Y a-t-il cependant des domaines dans lesquels le législateur serait tenu d'en créer ? En droit constitutionnel suisse, on citera l'exemple des écoles, selon une disposition datant d'ailleurs du XIX^e siècle³⁰, ou celui du droit à assistance sociale dans les cas de détresse, en vertu duquel une personne a droit à obtenir des prestations³¹ : cela implique évidemment l'existence des services publics correspondants. Mais, en règle générale, si,

²⁸ ATF 134 (2008) I 313 (318) ; 130 (2004) I 1 (5).

²⁹ Art. 2 I, 3 I de la loi fédérale sur les cartels du 6 oct. 1995. Sont donc exclues les activités publiques de puissance publique. La soumission à la législation cartellaire entraîne celle à la législation sur la surveillance des prix (art. 2 de la loi fédérale du 20 déc. 1985).

³⁰ Art. 19 et 62 IV Cst., cité ci-dessus.

³¹ Art. 12 Cst.

certes, la Constitution fédérale et les constitutions cantonales énumèrent une série de buts sociaux que l'État doit viser, il ne s'en déduit aucun droit justiciable à ce qu'il les réalise effectivement³², sauf exceptions³³.

En doctrine, on discute de la possibilité de déduire des droits fondamentaux des obligations positives, c'est-à-dire d'agir, à la charge de la collectivité et au bénéfice des administrés. On sait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a innové sur ce point, sans cependant que les cas d'espèces aient eu trait à l'obligation de créer un service public — il s'agissait d'activités publiques déjà existantes, mais insuffisamment mises en œuvre dans le cas particulier (droit à une protection policière, à des mesures de protection contre les nuisances).

IV. L'administration agissant selon le droit privé

A. Activités publiques et privatisation

Les activités publiques dans lesquelles la relation avec les administrés (mais on pourrait aussi bien dire ici les clients) est régie par le droit privé ont posé depuis quelques années une question nouvelle : dans quelle mesure — puisqu'elles sont le fait de collectivités publiques — doivent-elles être soumises néanmoins à certaines règles de droit public ? Ces règles, ce sont évidemment des principes constitutionnels : égalité de traitement principalement.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que les politiques de privatisation d'activités précédemment monopolisées ont souvent été partielles : soit que l'institution qui les gère est une personne morale de droit public ou semi-public, ou encore, quoique de droit privé, dominée par l'actionnaire public, soit que la législation impose à l'acteur privé des charges ou des obligations dans la perspective d'un intérêt qu'on dira alors général. De plus, la personne publique qui exerce une activité monopolisée a parfois d'autres activités, dans lesquelles elle entre en concurrence avec le secteur privé et dont le rendement peut alors, le cas échéant, alimenter le budget de l'activité monopolisée. Ainsi, les offices postaux vendent toutes sortes d'objets (livres, papeterie, téléphones portables). Il apparaît dans cette mesure un intérêt financier qui a pour finalité directe de soutenir un service public.

³² Art. 41 IV Cst. : « Aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux. » Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'en a pas déduit non plus du Pacte des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

³³ Précisément dans les exemples cités ci-dessus ; v. aussi une disposition constitutionnelle cantonale accordant aux enfants un droit plus large à protection, à assistance et à encadrement, ATF 129 (2003) I 12 (17).

Il s'instaure donc une zone grise qui rend quelque peu confuse une délimitation claire et univoque entre ce qui est proprement un service public et ce qui constitue une activité purement commerciale. D'ailleurs, on a fait une observation symétrique pour les secteurs formellement et matériellement privatisés : la privatisation a été décidée dans l'idée que le secteur privé, grâce aux mécanismes de concurrence, serait mieux à même d'offrir des prestations qui restent néanmoins considérées comme d'intérêt général — on sait que ce type de privatisations peut n'être que partiel (une partie monopolisée subsistant) ou est assez souvent accompagné de charges et est soumis à une certaine surveillance des pouvoirs publics (ainsi pour le secteur audiovisuel, celui du transport et de la fourniture de l'électricité). La fonction de prestations du service public — dans la mesure où un service de base (universel) reste assuré par l'administration — se double alors d'une fonction de régulation du marché créé par la privatisation, afin que celui-ci soit adéquat aux fins poursuivies par la privatisation. On peut se demander alors s'il ne conviendrait pas, dans de tels domaines, d'y envisager la totalité de l'activité publique sous l'angle du concept de politique publique, dans la mesure où le secteur ne peut être envisagé que comme un ensemble fonctionnel conjuguant intervention publique (monopole partiel et/ou régulation) et marché (régulé). Le service public — dans l'acception la plus classique d'un service de prestations publiques — n'en est qu'un élément, plus ou moins important. On voit que le concept même d'intérêt public se fragmente en une multiplicité hétérogène des modalités de l'action publique, directe et/ou indirecte, quoique poursuivant une finalité unique : l'existence d'un marché de prestations, publiques et/ou privées, satisfaisant dans son ensemble l'intérêt général.

B. Légitimité d'une activité publique économique dans un secteur concurrentiel

La première question est de savoir si, en fonction de la garantie de la liberté économique et du principe de l'économie de marché, la collectivité est en droit de mener de telles activités. La réponse a toujours été clairement affirmative en ce qui concerne les revenus du patrimoine financier (immeubles de rapport, par exemple). Elle l'est aussi, dans le même sens, pour la commercialisation de sous-produits ou d'accessoires d'activités d'intérêt public (librairies ou cafétérias de musée ; vente d'objets fabriqués par les détenus) ou la mise à disposition de tiers de possibilités inexploitées d'un bien affecté à un intérêt public (location d'une salle communale ; publicité sur les transports publics). Il y a dans ces cas une relation indirecte avec une tâche d'intérêt public. Mais la question prend une tout autre ampleur lorsque les activités publiques entrant en concurrence avec le secteur privé sont exercées à titre principal par la collectivité (ou une personne morale de droit public).

Dans un cas récent, où il s'agissait d'un établissement public chargé du monopole de l'assurance incendie immobilière et que le législateur a autorisé à exploiter d'autres branches d'assurances dommages, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser une jurisprudence par ailleurs largement admise³⁴. Tout d'abord, il faut une base légale formelle, qui, cependant, peut se borner à circonscrire le secteur économique concerné. Matériellement, il est clair que si l'intervention publique sur le marché est si importante qu'elle empêche en fait la concurrence, équivalent pratiquement à une interdiction de l'activité privée, elle est contraire à la garantie et donc anticonstitutionnelle (contrairement au monopole virtuel dont il a été question plus haut, il n'y a pas ici d'intérêt public qui le justifierait). Mais, de plus, la branche non monopolisée doit être gérée de manière autonome par rapport au monopole ; cela signifie que l'établissement ne doit pas être en mesure de profiter de la position qu'il a en monopole pour améliorer sa position concurrentielle — par exemple en la faisant bénéficier d'un apport financier qu'elle prélève sur ses recettes monopolistiques pour baisser ses prix (interdiction de subventions croisées) ou d'un apport d'informations dont elle disposerait de par la gestion du monopole. En peu de mots : dans la gestion de la branche concurrentielle, elle doit agir sur le marché à armes égales avec ses concurrents.

Du point de vue plus précisément de l'intérêt poursuivi, il y a en quelque sorte une interprétation négative de la condition, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une restriction de droit à la liberté économique et que c'est non pas le droit subjectif, mais le principe de la structure de marché qui est déterminant : il suffit que ce ne soient pas des intérêts proscrits par la Constitution elle-même (par exemple éliminer la concurrence dans un secteur économique, voire seulement le diriger³⁵), la consécration par le législateur suffisant alors à légitimer politiquement l'intervention. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher la question de la légitimité d'un intérêt financier ; on peut considérer qu'elle peut être admise, si le rendement éventuel sert à améliorer directement les prestations monopolisées que la collectivité doit fournir — en effet, l'existence d'un marché limité par la concurrence les prix que la collectivité peut demander pour les prestations non monopolisées, et par conséquent les recettes qu'elle peut retirer de cette activité-là.

Cette jurisprudence a clarifié la réponse à la première question. Reste la seconde : les droits fondamentaux sont-ils applicables à de telles activités ?

³⁴ ATF 138 (2012) I 378.

³⁵ V. art. 94 Cst., cité plus haut.

C. Y a-t-il des règles de droit public s'imposant aux activités publiques gérées selon un mode privé ?

La question qui agite la doctrine et la jurisprudence ici est celle de l'applicabilité à ces activités des garanties des droits fondamentaux. Une autre question, voisine, est celle de savoir si on peut concevoir un corpus de règles de droit administratif qui s'imposeraient aux collectivités publiques lorsqu'elles recourent à des moyens de droit privé (droit administratif privé, *Verwaltungsprivatrecht*).

Le Tribunal fédéral, statuant dans une voie contentieuse de droit public, a posé il y a déjà de nombreuses années le principe selon lequel la collectivité publique agissant par des moyens de droit privé n'en bénéficiait pas pour autant d'une pleine et entière autonomie : elle doit agir « selon des principes », respecter « par analogie les droits fondamentaux », « ne pas accorder de droits ou imposer des obligations de manière inégale ou arbitraire »³⁶. Toutefois, cela se restreint aux domaines dans lesquels l'État agit par des moyens de droit privé dans l'accomplissement de tâches proprement publiques, excluant donc ceux où son activité est la même que celle de n'importe quel particulier. Tel est le sens généralement admis de la disposition constitutionnelle en vertu de laquelle « quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation » (art. 35 III, déjà cité plus haut).

Cette distinction pose la question de la délimitation entre ces deux sphères. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y a de « tâches de l'État », au sens de l'article 35 III Cst., que là où celui-ci bénéficie d'un monopole³⁷. Il s'agissait du refus opposé par l'entreprise publique de la Poste d'assurer la distribution non adressée du journal d'une organisation luttant contre la production industrielle de viande animale. L'activité en cause relève du secteur concurrentiel, et, par conséquent, a dit le Tribunal fédéral, elle ne constitue pas une tâche publique au sens de l'article 35 Cst. Cette jurisprudence a été largement contestée parce que trop restrictive. Le critère du Tribunal fédéral est trop catégorique et ne permet pas de tenir compte des situations réelles. Il y aurait lieu de tenir compte d'une part de la configuration du secteur économique concerné — plus les particuliers peuvent se procurer facilement les mêmes biens ou services sur le marché, moins fortes devraient être les contraintes constitutionnelles pesant sur l'acteur public ; d'autre part, il conviendrait de prendre en considération le degré d'autonomie de l'acteur public par rapport au pouvoir de surveillance que la législation confère à l'autorité centrale. Cette approche est celle qui est préconisée par beaucoup de publicistes. On relèvera ici, en passant — car c'est une

³⁶ ATF 109 (1973) Ib 146 (154 s.) ; 114 (1978) Ia 413 (423) ; 127 (2001) I 84 (90).

³⁷ ATF 129 (2003) III 35 (40).

tout autre problématique —, que dans les domaines où l'administration entre en rapport avec des clients en dehors de toute tâche publique et en parfaite concurrence avec le secteur privé, là où donc elle agit purement et simplement comme n'importe quel particulier, se pose la question de l'application horizontale des droits fondamentaux (effet-tiers, *Drittwirkung* ; art. 35 III Cst.³⁸).

La question du critère de la tâche publique étant supposée résolue, il reste celle de la portée effective des droits fondamentaux, là où ils sont appelés à s'appliquer. La jurisprudence est rare, et on peut donc difficilement extrapoler. En effet, on peut constater, d'un côté, que le juge civil est peu enclin à faire usage des possibilités que lui offrirait un droit public qui lui est peu familier et que, de l'autre côté, le juge de droit public ne peut pas être saisi, puisque le contentieux relève du droit privé, sauf configuration très particulière³⁹. Ainsi, pour admettre le recours intenté contre la Poste, dans l'arrêt cité ci-dessus, le juge civil a appliqué des principes généraux du droit privé⁴⁰. La doctrine n'est guère plus précise. On se trouve bien plutôt dans le domaine des conjectures, des hypothèses, des généralités. Ce qui est certain, c'est que ces garanties ne peuvent pas, à l'évidence, être transposées telles quelles aux activités qui, quoique publiques, ne constituent pas des tâches publiques ou, du moins, ne sont pas exercées dans les formes du droit public. Elles feraient peser sur l'entité administrative des contraintes que les acteurs privés ne connaîtraient par définition pas. Une approche nuancée devrait s'imposer ici aussi. En particulier, on pourrait ainsi considérer que plus l'entité publique bénéficie en fait sur le marché d'une position

³⁸ « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. »

³⁹ Ainsi lorsqu'une autorité de surveillance peut prendre une décision imposant une charge à une entité décentralisée. Typiques à cet égard la configuration dans ATF 123 (1997) II 402 (412) : la SSR, chargée d'une concession de service public de radio et de télévision, avait refusé la diffusion d'un spot d'une organisation contre les « fabriques d'animaux » dans les séquences publicitaires ; après avoir considéré que l'exploitation de ces séquences relevait du droit privé (et que le juge de droit public n'était pas compétent), le Tribunal fédéral a relevé que l'autorité de surveillance aurait dû statuer sur le grief de violation de la liberté d'expression (cette affaire a eu des prolongations : la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait violation de l'art. 10 Conv. EDH, ce sur quoi le Tribunal fédéral a dû réviser son arrêt : CEDH 7 juill. 2001, *VgT c/ Suisse*, Rec. CEDH 2001-VI, p. 271 s. ; ATF 136 [2010] I 158). De même, dans un cas où un concessionnaire de transports publics avait refusé — à la même organisation — d'apposer une affiche sur ses bus, le recours a été jugé recevable — mais rejeté au fond — contre un acte de l'autorité de surveillance (ATF 127 [2001] I 84 [87]). V. aussi un arrêt non publié, TF, 2C_61/2010 — l'autorité de surveillance censure le prononcé d'une amende pour un voyageur muni d'un billet de seconde classe mais se trouvant dans un wagon de première.

⁴⁰ ATF 129 III 35 (46). Il a admis une obligation de contracter, à quatre conditions : les prestations sont offertes de manière générale et publique sur le marché, prestations de caractère usuel, que, étant donné la structure de fait du marché, il est difficile de se procurer ailleurs ; enfin, le refus ne doit pas être motivé par des raisons pertinentes. Le fondement se trouve dans la clause de prohibition d'un comportement contraire aux bonnes mœurs.

prédominante, plus forte devrait être la protection à accorder aux particuliers⁴¹ : en effet, les possibilités de choix qui leur sont laissées diminuant, ils ne peuvent bénéficier de leur autonomie (caractéristique d'une structure de marché) que d'une manière limitée. D'un autre côté, il faudrait évaluer la charge que les contraintes d'ordre constitutionnel représentent pour l'entité — contraintes qui ne pèsent pas sur ses concurrents —, pour éviter que sa position concurrentielle ne soit à tel point affaiblie que son activité perdrait toute utilité.

On doit sans doute se contenter de ces indications générales, de ces lignes directrices ; la jurisprudence est hésitante, la doctrine partagée. À vrai dire, ce n'est pas sans raison. En effet, les motifs pour lesquels l'administration ou des entités autonomisées agissent en recourant au droit privé sont trop divers pour qu'on puisse couler leurs activités dans un même moule. Il doit incomber en premier lieu au législateur de prévoir un régime adéquat. Celui-ci aurait à établir, en fonction de la situation de fait, un équilibre entre d'un côté une autonomie qui, dans son principe, est consubstantielle au droit privé et, de l'autre, des contraintes liées à l'ordre constitutionnel, qui, elles, destinées à la protection des particuliers — des usagers —, viendraient limiter cette autonomie. Cela s'est fait dans le droit des transports publics, de la distribution de l'électricité, des télécommunications, de l'audiovisuel. Là où le législateur n'est pas intervenu, il incomberait à la jurisprudence (notamment civile) d'innover.

**

*

Si le droit suisse se réfère à la notion d'intérêt public, sans passer par l'intermédiaire de celle de service public, c'est sans doute dû au fait que beaucoup des questions que nous avons évoquées ci-dessus ont été abordées sous l'angle constitutionnel. Les diminutions d'autonomie dans la sphère des activités privées doivent être compatibles avec la liberté économique, ce qui amène par définition à la question de la compatibilité avec ce droit fondamental. Or, cette compatibilité se mesure à trois critères : la base légale, l'intérêt public et la proportionnalité. Il faut tenir compte aussi du fait que, jusque dans les années 1960, il n'existait en Suisse guère de juridictions administratives. La validité du droit public cantonal était jugée par une voie de droit qui permettait au Tribunal fédéral d'intervenir uniquement lorsqu'un droit constitutionnel était atteint. Si, depuis quelques décennies, les juridictions administratives se sont généralisées, il n'en reste pas moins que les concepts les plus

⁴¹ C'est la solution proposée par de nombreux auteurs publicistes.

fondamentaux du droit administratif gardent la marque de cette constitutionnalisation, aussi bien d'ailleurs chez les juges que dans la doctrine.

Mais il faut bien l'avouer : la référence constitutionnelle n'est pas moins floue que la notion de service public. Qu'est-ce qu'un intérêt public ? Quand une mesure est-elle disproportionnée ? Et même : quel degré de précision doit atteindre la base légale pour être suffisante ? Cette constatation amène à une observation méthodologique conclusive : dans ce domaine où les circonstances économiques et sociales changent sans cesse, où les idéologies politiques qui les accompagnent ou les provoquent évoluent, le droit ne peut se passer de notions floues pour être à même de résoudre les questions qui lui sont posées— et cela vaut particulièrement pour les notions les plus fondamentales, qui sont censées pourtant être les plus stables.