

|                     |                                                                                                                                                                         |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Zeitschrift:</b> | Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV |
| <b>Herausgeber:</b> | Schweizerischer Juristenverein                                                                                                                                          |
| <b>Band:</b>        | 101 (1982)                                                                                                                                                              |
| <b>Artikel:</b>     | Le contentieux en droit administratif économique                                                                                                                        |
| <b>Autor:</b>       | Manfrini, Pierre Louis                                                                                                                                                  |
| <b>DOI:</b>         | <a href="https://doi.org/10.5169/seals-896396">https://doi.org/10.5169/seals-896396</a>                                                                                 |

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 10.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Le contentieux en droit administratif économique**

**PIERRE LOUIS MANFRINI**

Avocat, Docteur en droit



## **Table des matières**

### Bibliographie

### Abréviations

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Introduction .....                                                                                                                    | 319 |
| II. Nature et portée de la jurisprudence du Tribunal fédéral .....                                                                       | 323 |
| 1. Eléments quantitatifs .....                                                                                                           | 323 |
| 2. Retenue du juge administratif face aux décisions économiques de l'Etat .....                                                          | 328 |
| III. Contentieux et caractéristiques du droit économique .....                                                                           | 332 |
| 1. Flexibilité et structure de la législation économique .....                                                                           | 332 |
| 1.1. Généralités .....                                                                                                                   | 332 |
| 1.2. Constantes modifications de la législation .....                                                                                    | 334 |
| 1.3. Importantes délégations à l'exécutif .....                                                                                          | 335 |
| 1.4. Difficultés et attitude du juge administratif .....                                                                                 | 340 |
| 2. Droit administratif économique et technique législative .....                                                                         | 344 |
| 2.1. L'aléatoire et la norme de droit .....                                                                                              | 344 |
| 2.2. Indétermination des normes juridiques .....                                                                                         | 346 |
| 2.3. Conséquences pour les juridictions administratives .....                                                                            | 348 |
| 2.4. Distinction entre les conditions et le contenu de l'intervention de l'Etat dans l'économie .....                                    | 351 |
| 3. Privatisation de l'interventionnisme économique .....                                                                                 | 354 |
| 3.1. Généralités .....                                                                                                                   | 354 |
| 3.2. Marchés publics .....                                                                                                               | 355 |
| 3.3. Entreprises publiques .....                                                                                                         | 356 |
| 3.4. Droit privé en tant qu'instrument de politique économique ..                                                                        | 357 |
| 3.4.1. Politique d'incitation économique .....                                                                                           | 357 |
| 3.4.2. Régulation des marchés agricoles .....                                                                                            | 358 |
| 3.4.3. Politique monétaire .....                                                                                                         | 358 |
| 3.5. Délégation à des organismes privés .....                                                                                            | 361 |
| 3.6. Conséquences au plan contentieux de la privatisation de l'intervention étatique et de la délégation à des organismes privés ..      | 364 |
| 3.6.1. Impossibilité de saisir la juridiction administrative? ..                                                                         | 365 |
| 3.6.2. Privatisation du contentieux entre organismes privés chargés de tâches publiques et les tiers; position de la jurisprudence ..... | 369 |

|                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. Interventionnisme économique et notion de décision .....                                                 | 372        |
| 4.1. Notion de décision et variété des formes de l'intervention de l'Etat .....                             | 372        |
| 4.2. Mesures à portée collective .....                                                                      | 375        |
| 4.3. Avis et recommandations .....                                                                          | 376        |
| 4.4. Directives, circulaires, plans et programmes .....                                                     | 379        |
| 5. Droit administratif économique et procédés contractuels de droit public .....                            | 383        |
| 5.1. Développement du procédé contractuel .....                                                             | 383        |
| 5.2. Conséquences pour la protection des droits des particuliers ...                                        | 387        |
| 6. Difficultés du juge face aux concepts et aux faits économiques .....                                     | 389        |
| 6.1. Connaissances en économie .....                                                                        | 389        |
| 6.2. Approche microéconomique du juge .....                                                                 | 391        |
| 7. Retenue des administrés à l'égard de la procédure de recours .....                                       | 393        |
| 8. Organisation actuelle du contentieux administratif .....                                                 | 397        |
| 8.1. Clauses d'exclusion du recours au Tribunal fédéral .....                                               | 397        |
| 8.2. Décisions définitives .....                                                                            | 400        |
| 8.3. Complexité du contentieux de première instance .....                                                   | 401        |
| <b>IV. Nécessité d'un renforcement du contrôle juridictionnel .....</b>                                     | <b>405</b> |
| 1. Interprétation téléologique de la notion d'acte sujet à recours .....                                    | 409        |
| 1.1. Extension du concept de l'acte sujet à recours .....                                                   | 409        |
| 1.2. Actes détachables .....                                                                                | 416        |
| 2. Contrôle des motifs des décisions économiques de l'administration; existence légale des directives ..... | 419        |
| 3. Elargissement des possibilités de recours du concurrent .....                                            | 425        |
| 3.1. Rareté du recours du concurrent .....                                                                  | 425        |
| 3.2. Effets collectifs des décisions économiques de l'Etat .....                                            | 426        |
| 3.3. Qualité pour recourir du tiers concurrent .....                                                        | 428        |
| 3.3.1. Recours de droit public .....                                                                        | 428        |
| 3.3.2. Recours de droit administratif .....                                                                 | 429        |
| 3.3.3. Eléments critiques .....                                                                             | 435        |
| 3.4. Protection des secrets commerciaux .....                                                               | 440        |
| 3.5. Effet suspensif du recours .....                                                                       | 442        |
| 4. Modification de l'organisation judiciaire .....                                                          | 445        |
| 4.1. Magistrature économique? .....                                                                         | 445        |
| 4.2. Besoins spécifiques du contentieux économique .....                                                    | 448        |
| 4.3. Codification de la procédure d'opposition .....                                                        | 449        |

## Bibliographie

Ne sont reproduits ici que les principaux ouvrages consultés; d'autres sont mentionnés dans le corps du rapport.

- BADURA, PETER. Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Erichsen, H.U/Martens, W. Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1975, p. 241 ss.
- BENDEL, FELIX. Gedanken und Vorschläge zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, Zbl 1975, p. 225.
- BOULOUIS, JEAN. Rapport sur le juge communautaire, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 1975, p. 252.
- CAPITANI, WERNER DE. Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus (BV 31<sup>bis</sup> III a), Zurich 1960.
- DELMAS MARSALET, J. Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, Etudes et Documents 1969, p. 133 ss.
- DRAGO, ROLAND. Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, Mélanges Ganshof van der Meersch, 1972, p. 455 ss.
- FISCHER, ALFRED. Le contrôle de la légalité des mesures administratives prises à l'égard des entreprises privées en vue de favoriser ou de réglementer le développement économique, Etudes et Documents 1971, p. 19 ss.
- FLAMME, MAURICE ANDRÉ/FAVRESE, JEAN MICHEL. Les instruments juridiques de l'intervention des pouvoirs publics, Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique, Bruxelles 1976, p. 225 ss.
- FLEINER, THOMAS. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zurich 1977.
- FORSTHOFF, ERNST. Traité de droit administratif allemand, Traduction Michel Fromont, Bruxelles 1969.
- FROMONT, MICHEL. Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative, Actualité Juridique, Droit administratif 1966, p. 588 ss.
- GAUDEMEST, PAUL-MARIE. La planification économique et les transformations du droit public français, Mélanges Ganshof van der Meersch 1972, III, p. 493 ss.
- GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- La surcharge des cours suprêmes et les moyens d'y remédier, Zbl 1978, p. 373 ss.
- GYGI, FRITZ. Wirtschaftsverfassungsrecht, Berne 1981.
- Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, RDS 1970, p. 265 ss.
- Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, Berne 1958.
- Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1979.
- Aktuelle Probleme des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, RSJB 1956, p. 425 ss.
- Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut, Wirtschaft und Recht 1956, p. 114 ss.

- Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, *Wirtschaft und Recht* 1958, p. 40 ss.
  - Die Beschwerdebefugnis im Verwaltungsprozeß, *Zbl* 1960, p. 473 ss.
- HALTNER, ROLF HEINRICH. *Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes (Artikel 5 VwVG)*, Zürich 1979.
- HAURIOU, ANDRÉ. *Le droit administratif de l'aléatoire*, *Mélanges Trotabas*, Paris 1970, p. 197 ss.
- HEINZE, CHRISTIAN. *Kontrolle staatlicher Einflußnahme auf den Wirtschaftsablauf durch das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, Munich 1978, p. 279.
- IMBODEN, MAX. *Der Richter im Verbandstaat*, *Wirtschaft und Recht* 1962, p. 214 ss.
- IMBODEN/RHINOW. *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle 1976.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ. *Problèmes actuels de la Constitution économique suisse*, *RDS* 1970, p. 591 ss.
- Libertés économiques, ordre public et politique sociale, XIV<sup>e</sup> Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève 1975, p. 66 ss.
  - L'interprétation jurisprudentielle du nouveau «statut de l'horlogerie», *RDAF* 1954, p. 273.
  - Les garanties institutionnelles de la liberté du commerce et de l'industrie, *La liberté de commerce et d'industrie*, Genève 1954, p. 109.
- KNAPP, BLAISE. *La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général*, *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, p. 363.
- Précis de droit administratif, Bâle 1980.
- KÖLZ, ALFRED. *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zurich 1978.
- KOOPMANS, M. TH. *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit public*, Rapport général, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 1975, p. 5.
- LALIGANT, MARCEL. *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1971, p. 43 ss.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE. *Interventionnisme économique et contrat*, Revue française d'administration publique 1979, p. 791 ss.
- Droit public économique, Troisième édition, Paris 1979.
- LINOTTE, D. *L'évolution récente du régime administratif des prix*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1979, p. 1425 ss.
- MACHERET, AUGUSTIN. *La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral*, Centenaire du Tribunal fédéral 1875–1975, *Les voies de recours au Tribunal fédéral*, Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1975, *RDS* 1975, II, p. 131 ss.
- La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, *RDAF* 1974, p. 1 ss.
- MARTI, HANS. *Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung*, Bâle 1976.
- MÉGRET, JACQUES. *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat*, Etudes et Documents 1971, p. 119 ss.
- MERZ, PETER. *Notenbankpolitik mit Vereinbarungen*, St-Gall 1981.
- METZ, MARKUS. *Der direkte Verwaltungsprozeß in der Bundesrechtspflege*, Bâle 1980.

- MOOR, PIERRE. Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, p. 145.
- Le juge administratif et l'application de la loi, *Recht als Prozeß und Gefüge*, *Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 667.
- MÜLLER, PAUL R. Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, St-Gall 1970.
- ORIANNE, PAUL. Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit public belge, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris 1975, p. 18.
- ORIANNE, PAUL/VERKAEREN, PIERRE. Le contrôle des interventions économiques de l'Etat, *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Bruxelles 1976, p. 307.
- PERROT, M. Rapport général, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris 1975, p. 260.
- PIQUEMAL-PASTRÉ, CATHERINE. Une expérience d'acte économique: Le contrat de programme, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1974, p. 317 ss.
- SALADIN, PETER. *Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*, Bâle 1979.
- Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, Centenaire du Tribunal fédéral 1875–1975, *Les voies de recours au Tribunal fédéral*, Recueil de travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1975, RDS 1975, II, p. 307 ss.
- SAVY, ROBERT. Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration, *Actualité juridique droit administratif* 1972, p. 3 ss.
- SCHAMBECK, HERBERT. Verwaltungsgerichtsbarkeit und wirtschaftliche Selbstverwaltung, Die Legitimation gesetzlicher Interessenvertretungen zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung, *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, p. 377 ss.
- SCHMIDHAUSER, ERNST B. Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, Winterthur 1959.
- SCHOLZ, RUPERT. Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, *WiR* 1972, p. 35 ss.
- SCHRANS, GUY. Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial belge, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris 1975, p. 133.
- SCHÜRMANN, LÉO. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 1978.
- STEINMANN, GEROLD. Fragen der Beschwerdebefugnis im Bereich der Preisüberwachung – Konsumenten-Beschwerde?, *Zbl* 1979, p. 289 ss.
- TETTINGER, PETER J. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Munich 1980.
- TRUCHET, DIDIER. Réflexions sur le droit économique public en droit français, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1980, p. 1009 ss.
- VALLENDER, KLAUS A./DAVID, EUGEN. *Leitsätze zum OG und VwVG*, Berne 1978.
- VENEZIA, JEAN-CLAUDE. Sur le degré d'originalité du contentieux économique, *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris 1974, p. 147 ss.

## Abréviations

|          |                                                                             |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Archives | Archives de droit fiscal suisse.                                            |
| ATF      | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.                            |
| BOAF     | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale.                                  |
| Cst.     | Constitution fédérale du 29 mai 1874.                                       |
| DÖV      | Die öffentliche Verwaltung.                                                 |
| FF       | Feuille fédérale.                                                           |
| JAA      | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération.            |
| JdT      | Journal des Tribunaux.                                                      |
| MCF      | Message du Conseil fédéral.                                                 |
| NJW      | Neue Juristische Wochenschrift.                                             |
| RDAF     | Revue de droit administratif et fiscal.                                     |
| RDP      | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. |
| RDS      | Revue de droit suisse.                                                      |
| ROLF     | Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération.               |
| RS       | Recueil systématique.                                                       |
| RSJ      | Revue suisse de jurisprudence.                                              |
| TF       | Tribunal fédéral.                                                           |
| WUR      | Wirtschaft und Recht.                                                       |
| ZBI      | Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung.             |

## I. Introduction

C'est aujourd'hui un lieu commun que de souligner l'importance de l'intervention de l'Etat dans l'économie. Comme l'a mis en évidence notamment MÉGRET<sup>1</sup>, cette intervention est devenue une donnée permanente et fondamentale de l'organisation sociale contemporaine. La théorie classique du libéralisme économique entendue comme le cantonnement de l'Etat dans des fonctions d'organisation générale de la vie sociale et de la défense extérieure et intérieure n'a pas survécu à l'évolution politique et aux crises économiques des cinquantes dernières années. Ainsi que le relève également cet auteur, dans une économie qui n'est plus une économie de pénurie de guerre, mais bien plutôt une économie d'abondance, l'Etat se soucie avant tout d'assurer, dans l'expansion, l'équilibre économique du pays et cela essentiellement au niveau des équilibres généraux des prix, de l'emploi et de la balance des paiements. A cette fonction, vient s'ajouter celle d'atténuer l'inégalité des conditions sociales, d'assurer le développement du niveau de vie de la population toute entière et de garantir un certain épanouissement des conditions générales de la vie sociale par la mise en place des équipements et des mécanismes sociaux appropriés. Il est évident que ces deux fonctions ne sont pas exclusives d'interventions destinées à régulariser tel ou tel marché ou à exercer sur tel ou tel secteur économique une action plus spécifique. Cet élargissement des responsabilités de l'Etat dans la vie économique, dont JUNOD<sup>2</sup> notamment a relevé qu'il était lié aux conceptions du «welfare state», est tel que l'Etat ne tend plus seulement à se sentir responsable de l'équilibre conjoncturel à court terme de l'économie ou du sort des secteurs en difficulté, mais considère qu'il a également

<sup>1</sup> Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat, p. 119 ss.

<sup>2</sup> Problèmes actuels de la constitution économique suisse, RDS 1970, p. 616–617.

des responsabilités en matière de développement des investissements, de l'emploi, de la recherche et des exportations. Il s'efforce même de favoriser l'adaptation des structures industrielles et agricoles aux exigences de la concurrence<sup>3</sup>.

Le développement de l'emprise du secteur public dans l'économie rend d'autant plus indispensable l'organisation de la protection des droits des administrés. Celle-ci se justifie non seulement en raison de l'augmentation quantitative de l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie privée, mais également en raison des modifications qualitatives survenues dans les modalités d'intervention des personnes publiques dans l'économie. Sans vouloir à ce stade procéder à une typologie des interventions de l'Etat<sup>4</sup>, il est essentiel de relever que les mesures administratives ne se limitent pas à des actes ponctuels concernant une situation d'un entrepreneur isolé, mais tendent à affecter tel ou tel secteur d'activité, voire l'économie dans son ensemble afin de réaliser l'équilibre et la croissance en tant qu'objectifs généraux de la politique économique<sup>5</sup>. C'est dire que les effets des décisions et mesures que l'Etat adopte en matière économique, peuvent être collectifs et peuvent modifier sensiblement la vie sociale, ce qui a permis à MÉGRET<sup>6</sup> d'écrire qu'il est peu de domaines où l'intervention de l'Etat «introduise un risque, une potentialité d'arbitraire plus grande que dans le secteur économique».

La protection des droits des particuliers, au plan purement juridique et indépendamment des dispositions de droit de fond, peut être tout d'abord garantie par des mesures que l'on peut qualifier de préventives. Il s'agit de la codification de la procédure administrative de première instance. Comme l'a relevé SALADIN<sup>7</sup>, celle-ci améliore la position du citoyen en définissant ses droits et lui permet d'exercer une influence au stade de la prise de décision administrative déjà, sans qu'il soit obligé d'attendre que cette dernière intervienne pour pouvoir faire valoir ses moyens. En d'autres termes, les règles de procédure accordent aux parti-

<sup>3</sup> DELMAS MARSALET, *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat*, p. 61 ss.

<sup>4</sup> Voir TETTINGER, *Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p. 249 ss; F. GYGI, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 15 ss; également rapport à la Société Suisse des Juristes: *Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung*, RDS 1970, p. 295 à 308 et références citées.

<sup>5</sup> JUNOD, op.cit., RDS 1970, p. 779 ss; LAUBADÈRE, *Droit public économique*, p. 20.

<sup>6</sup> Op.cit., p. 126.

<sup>7</sup> Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 18.

culiers une «fair chance» de faire prévaloir leurs points de vue avant que l'Etat n'intervienne à leur égard<sup>8</sup>.

En second lieu, la protection des droits des particuliers présuppose la réglementation du contentieux administratif. Comme l'a souligné KNAPP<sup>9</sup>, celui-ci a pour fonction de permettre aux citoyens, lorsqu'une décision a été prise, de tenter d'obtenir que l'autorité revienne sur sa décision. En d'autres termes, l'étude du contentieux a pour objet d'analyser et de décrire les modes de solution des litiges survenant à l'occasion d'une mesure adoptée par la puissance publique.

Il va sans dire que les réflexions contenues dans ce rapport consacré au contentieux en droit administratif économique n'ont manifestement pas la prétention d'être exhaustives. Il est dès lors indispensable de tenter de cerner de plus près l'objet des développements qui vont suivre.

Le droit économique qui retient notre attention constitue une matière juridique assez récente. La relative nouveauté du sujet explique partiellement d'ailleurs les controverses liées à la définition du concept même de droit économique dont les caractéristiques ont été mises en lumière notamment par SCHLUEP<sup>10</sup>. En réalité, comme l'a relevé TETTINGER<sup>11</sup>, le droit économique n'est pas un nouveau domaine du droit totalement séparé, mais bien une «funktionale Kategorie» qui regroupe un complexe de normes ayant une fonction commune. L'économie, tout en étant une matière qui présente une unité certaine, se trouve diffuse dans les rapports juridiques de toute nature, effaçant ainsi les distinctions classiques notamment entre droit public et droit privé.

A l'instar de TRUCHET<sup>12</sup> qui définit le droit économique comme le droit des unités économiques, la doctrine dominante est d'avis que cette matière comprend l'ensemble des règles de droit privé et de droit public qui règlementent le fonctionnement des activités économiques<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> T. FLEINER, *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, p. 178.

<sup>9</sup> Précis de droit administratif, p. 204 No 899.

<sup>10</sup> Was ist Wirtschaftsrecht? in: *Festschrift für Walter Hug*, Berne 1968, p. 25 à 95, voir également LAUBADÈRE, Droit public économique, p. 7ss; FROMONT et SAVY, Droit public économique, p. 6; JACQUEMIN et SCHRANS, Droit économique, 1974, p. 90.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 120.

<sup>12</sup> Réflexions sur le droit économique public en droit français.

<sup>13</sup> Voir aussi notamment, TETTINGER, op. cit., p. 117 et références citées; SCHMIDHAUSER, *Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, p. 5 ss.

Le présent rapport, ainsi que l'indique son titre, n'étudiera qu'un aspect particulier du droit économique, soit celui qui relève du droit administratif. L'étude concernera donc la mise en œuvre des règles de droit aux moyens desquels, comme l'a relevé BADURA<sup>14</sup>, l'Etat intervient dans le processus économique dans un but de police, un but interventionniste et dirigiste ou d'incitation et par là, crée et confère des tâches et des compétences à l'administration ainsi que des droits et devoirs aux personnes qui participent au processus économique.

Tout en tentant de mettre en lumière des problèmes d'ordre général qui se posent indistinctement lors des divers modes de contentieux en droit administratif économique, il reste que notre analyse a délibérément privilégié le contentieux en droit administratif fédéral. Le motif premier de cette option réside dans le fait qu'en raison des répartitions constitutionnelles de compétence entre la Confédération et les cantons<sup>15</sup>, l'essentiel du droit administratif économique est du droit fédéral. C'est cet ordre juridique qui réglemente le statut de l'agriculture, l'activité des banques et des assurances, et dans le domaine de l'énergie l'industrie atomique; c'est également au droit fédéral qu'appartiennent les réglementations régissant le commerce extérieur et la politique conjoncturelle. Sous réserve de l'important secteur économique de la construction, il faut convenir que les principales branches de l'économie, lorsqu'elles font l'objet d'une réglementation pour l'un ou l'autre des aspects de leur activité, sont principalement soumises au droit de la Confédération.

Dans les limites assignées à cette étude, il ne saurait être question de procéder, à l'instar de SCHMIDHAUSER<sup>16</sup>, à une description détaillée des procédures et des organismes chargés de statuer sur les litiges intervenant entre l'administration et les privés dans le domaine du droit administratif économique. Il nous est apparu, en effet, indispensable de centrer notre attention sur certains aspects du fonctionnement des institutions destinées à assurer la protection juridique des particuliers. C'est donc des «questions choisies» que nous aborderons pour tenter de mettre en lumière les principaux problèmes rencontrés aujourd'hui dans ce secteur particulier du droit.

<sup>14</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 246.

<sup>15</sup> DE CAPITANI, Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus, p. 56; voir aussi SCHÜRMANN, op.cit. supra.

<sup>16</sup> Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes.

## **II. Nature et portée de la jurisprudence du Tribunal fédéral**

Comme l'a relevé GRISEL<sup>1</sup>, la nouvelle du 20 décembre 1968 a soumis la loi fédérale d'organisation judiciaire à une réforme dont le but premier consistait à assurer aux administrés dans leurs contestations avec l'administration fédérale, des moyens de défense plus efficaces que ceux dont ils disposaient précédemment. Le trait essentiel de cette réforme réside dans l'introduction d'une clause générale de compétence en faveur du Tribunal fédéral qui, dès lors, et selon la terminologie usuelle est devenu « juge de droit commun »<sup>2</sup>. Tout en consacrant notamment à l'article 98, lettre c, de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le principe du contentieux à deux échelons, le législateur a ouvert l'accès immédiat au Tribunal fédéral en partant du principe selon lequel une seule autorité juridictionnelle étrangère à l'administration est chargée du contrôle de l'activité de cette dernière<sup>3</sup>. Dès lors, il est logique que dans une étude consacrée au contentieux de droit administratif fédéral, l'on commence par s'intéresser à l'activité et à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

### *1. Eléments quantitatifs*

La lecture des arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans les dix dernières années, permet à première vue de constater que la juridiction suprême de notre pays a eu l'occasion de trancher des litiges relevant des domaines les plus divers du droit administratif

<sup>1</sup> Droit administratif suisse, p. 482.

<sup>2</sup> Voir à ce sujet notamment, MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, p. 5ss; GYGI, Bundesverwaltungsgesetzpflege, p. 14ss.

<sup>3</sup> SALADIN, op. cit., p. 203; GRISEL, op. cit., p. 493; GYGI, Das System der Verwaltungsrechtspflege in Bundesverwaltungssachen, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975, p. 197ss, 208.

économique. Le Tribunal fédéral a ainsi statué sur le but et l'étendue de la surveillance exercée sur les compagnies d'assurances, plus particulièrement s'agissant du barème des primes<sup>4</sup>; il a contrôlé la mise en œuvre du système du contingentement dans l'industrie cinématographique<sup>5</sup>. Dans le secteur du transport aérien, les juges fédéraux ont statué en faisant interdiction aux autorités de se fonder sur la loi fédérale en vigueur pour mener une politique économique protectionniste<sup>6</sup>; dans la branche de l'horlogerie, la Haute Cour s'est intéressée à la politique traditionnelle en matière d'exportation de produits horlogers, ainsi qu'aux intérêts généraux de l'industrie horlogère suisse<sup>7</sup>.

Divers arrêts du Tribunal fédéral sont consacrés à la politique agricole de nos autorités. Les juges ont ainsi eu l'occasion, non seulement d'expliciter quels sont les buts de la loi générale sur l'agriculture<sup>8</sup>, mais encore de passer en revue les divers statuts et règlements régissant la production et la distribution des produits agricoles. Le Tribunal fédéral s'est ainsi prononcé sur la constitutionnalité et le fonctionnement du contingentement du vin<sup>9</sup> et des matières fourragères<sup>10</sup>. De même, il s'est intéressé aussi bien à la réglementation du commerce des viandes<sup>11</sup>, du beurre<sup>12</sup> qu'à la production du blé<sup>13</sup>. Enfin, et toujours dans le domaine agricole, le Tribunal fédéral a décrit quels étaient à ses yeux, le but et la raison d'être de la réglementation concernant le commerce des œufs<sup>14</sup>; il s'est encore penché sur l'activité des fédérations laitières<sup>15</sup> et a traité de la politique d'amélioration foncière et du crédit d'investissement dans l'agriculture<sup>16</sup>.

A l'occasion de litiges qui étaient portés devant lui, le Tribunal fédéral a également eu à se prononcer sur des mesures concernant le secteur de la construction, mesures qui tendaient aussi bien à la stabilisation du marché pour des motifs conjoncturels<sup>17</sup>

<sup>4</sup> Voir ATF 99 Ib 57; 94 I 619; 91 I 379.

<sup>5</sup> ATF 98 Ib 110.

<sup>6</sup> ATF 102 Ib 300.

<sup>7</sup> ATF 91 I 74.

<sup>8</sup> ATF 102 Ib 360.

<sup>9</sup> ATF 103 Ia 591 voir aussi 104 Ib 111; 217; 425; 100 Ib 436.

<sup>10</sup> ATF 103 Ib 244; 101 Ib 306; 311; 100 Ib 425; 97 I 297; 98 Ib 444.

<sup>11</sup> ATF 103 Ib 129; 104 Ib 211; 100 Ib 312; 99 Ib 168.

<sup>12</sup> ATF 101 Ib 90.

<sup>13</sup> ATF 93 I 392; 92 I 424.

<sup>14</sup> ATF 102 Ib 359.

<sup>15</sup> ATF 97 I 862; 98 Ib 31; 100 Ib 419; 101 Ib 92; 104 Ib 419; 105 Ib 129.

<sup>16</sup> Voir ATF 98 Ib 77; 354; 101 Ib 202.

<sup>17</sup> ATF 98 Ib 38; 257.

qu'à l'encouragement de la construction de logements<sup>18</sup>. L'activité des banques, instituts financiers et fonds de placement, n'a pas échappé à l'examen du Tribunal fédéral qui a revu divers aspects de la mise en œuvre de la législation en la matière par la Commission fédérale des banques<sup>19</sup>. En dernier lieu, l'on soulignera que la politique conjoncturelle n'a pas échappé à la censure du Tribunal fédéral puisque celui-ci a tour à tour eu l'occasion de se prononcer sur la surveillance des prix<sup>20</sup>, le placement de fonds étrangers dans des immeubles en Suisse<sup>21</sup>, la politique du crédit et du contrôle des émissions<sup>22</sup> et enfin la protection de la monnaie<sup>23</sup>.

L'apparente variété des domaines touchés par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit administratif économique, ne saurait toutefois masquer l'importance réelle que revêt le contrôle exercé par le Tribunal fédéral sur l'intervention de l'Etat dans l'économie.

Une première approche des statistiques disponibles par l'en-tremise du rapport de gestion annuel du Tribunal fédéral démontre le caractère quantitativement peu important des litiges qui sont portés devant la juridiction administrative par voie de recours dans le domaine qui nous concerne. En effet, les tableaux détaillés des contestations de droit administratif annexés aux rapports de gestion indiquent que proportionnellement, les litiges pouvant être rattachés au droit administratif économique sont moins importants que d'autres contentieux tels que, par exemple, le contentieux fiscal, l'aménagement du territoire, l'expropriation ou enfin la protection de l'environnement (protection des eaux et police des forêts notamment). Un bref calcul permet d'estimer à environ 13% du volume des affaires introduites depuis 1970 celles ayant plus directement une connotation économique. L'on relèvera, toutefois, que ce chiffre est sensiblement moins élevé si l'on exclut la rubrique du contentieux relative à la réglementation sur les acquisitions d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, réglementation qui tout en déployant des effets économiques directs n'est généralement pas classée dans la catégorie du droit administratif économique en raison notamment de son

<sup>18</sup> ATF 101 Ib 79; 105 Ia 233.

<sup>19</sup> ATF 94 I 79; 482; 95 I 485; 587; 96 I 79; 97 I 87; 98 Ib 47; 378; 99 Ib 109; 309; 418; 100 Ib 218; 101 Ib 424; 103 Ib 310; 352; 105 Ib 406.

<sup>20</sup> ATF 101 Ib 329.

<sup>21</sup> ATF 99 Ib 405.

<sup>22</sup> ATF 101 Ib 341.

<sup>23</sup> ATF 105 Ib 348.

fondement constitutionnel discutable de droit privé<sup>24</sup>. La comparaison des données permet de signaler que ce sont les contestations relatives au droit agricole qui sont les plus nombreuses. Cependant, là encore le nombre d'affaires introduites durant les onzes dernières années qui ont suivi la réforme de la juridiction administrative fédérale n'ont guère dépassé, à l'exception de l'année 1977<sup>25</sup>, une vingtaine de litiges. Même dans ce cas, l'on mesurera l'aspect marginal de ce contentieux du point de vue quantitatif si l'on tient compte du caractère massif de l'intervention de l'Etat dans ce secteur de l'économie ainsi que de l'étendue de la législation agraire, qui à elle seule occupe deux classeurs du Recueil systématique de la législation fédérale<sup>26</sup>. Dans le domaine du droit bancaire, l'on constate également au vu du tableau détaillé des contestations de droit administratif contenu dans le rapport de gestion pour 1980, que seules quatre affaires concernant la surveillance des banques ont été liquidées durant cette année. Or, durant la période correspondante, il résulte du rapport annuel de la Commission fédérale des banques<sup>27</sup> que cette autorité a eu 266 affaires à traiter et qu'indépendamment de 174 cas d'annonces de répartition des risques, elle a rendu 60 décisions, le secrétariat ayant quant à lui émis 43 recommandations. Des constatations similaires peuvent être faites s'agissant de l'application des dispositions restrictives dans le domaine de la politique monétaire. Ainsi, par exemple, l'ordonnance concernant le placement de fonds étrangers en papiers-valeurs suisses<sup>28</sup> durant les années 1978, 1979 a fait l'objet de 1200 demandes d'autorisation de la part de particuliers, 20% des cas ont été refusés par la Banque nationale et aucun cas n'a été porté devant le Tribunal fédéral. L'ordonnance portant obligation de solliciter

<sup>24</sup> Voir notamment SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 28; JUNOD, op. cit. RDS 1970, p. 634.

<sup>25</sup> Le rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 1977, p. 291 indique que 41 contestations de nature agricole ont été portées devant la juridiction suprême de notre pays.

<sup>26</sup> SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 116 ss et références citées; KLAUS VALLENDER, Die Instrumente der Produktionslenkung im Rahmen der Schweiz. Agrargesetzgebung, St-Gall 1973.

<sup>27</sup> Rapport de gestion 1980 de la Commission fédérale des banques, p. 10. En 1977 sur 54 décisions formelles 3 ont fait l'objet de recours au Tribunal fédéral. La proportion en 1978 est de 3 sur 63 un des recours ayant pour le surplus été retiré en cours d'instance. En 1979, deux recours ont été interjetés alors que la Commission a rendu 57 décisions, 68 affaires ayant été pour le surplus traitées sous forme de recommandations.

<sup>28</sup> ROLF 1978, p. 250.

une autorisation pour recueillir des fonds à l'étranger<sup>29</sup> durant la période de 1972 à 1979 a fait l'objet de 300 procédures en autorisation dont 10% ont été rejetées. Un seul cas a été porté devant le Tribunal fédéral et a fait l'objet d'un arrêt non publié, dont l'existence est indiquée par NOBEL<sup>30</sup>. L'on obtient des résultats analogues s'agissant de l'application de l'ordonnance sur les fonds étrangers<sup>31</sup>; sur 240 demandes, 25% ont été rejetées par la Banque nationale de 1974 à 1980 et seuls quatre cas, dont un publié<sup>32</sup>, ont été portés par voie de recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Dans le domaine du contrôle des émissions<sup>33</sup> également un seul arrêt a été rendu par le Tribunal fédéral depuis 1973<sup>34</sup>. L'on terminera ce bref survol de l'activité de la Banque nationale en relevant que dans le cadre de l'application de l'article 8 de la loi fédérale sur les banques<sup>35</sup>, pour des opérations effectuées à l'étranger impliquant des exportations de capitaux, la Banque nationale a eu à traiter 500 demandes sans qu'aucun dossier n'ait fait l'objet d'un contentieux auprès du Tribunal fédéral.

Sans vouloir procéder à une analyse chiffrée et exhaustive, on se bornera à relever que les indications fournies ci-dessus sont confirmées par les informations recueillies auprès des diverses autres administrations fédérales consultées. Ainsi, par exemple, l'Office fédéral des affaires économiques extérieures nous a indiqué que le nombre de dossiers traités par cette autorité, donnant lieu à un litige, est d'environ 3 à 5 annuellement. S'agissant de la réglementation dont l'application incombe à l'Office fédéral de l'industrie des arts et métiers du travail, le pourcentage de dossiers donnant lieu à un litige est de 0,5% environ. Dans le domaine de la réglementation douanière, il est intéressant de constater que l'administration fédérale a, en 1980, procédé à 4 374 263 dédouanements. Sur ce nombre, les directions d'arrondissements ont reçu 761 recours concernant l'application du tarif douanier et 1189 autres recours dont seuls une dizaine ont abouti au Tribunal fédéral. Dans le domaine de la défense nationale économique, soit dans le cadre de la mise en œuvre de la loi

<sup>29</sup> ROLF 1972, p. 1524.

<sup>30</sup> Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Berne 1979, p. 88.

<sup>31</sup> ROLF 1974, p. 1822.

<sup>32</sup> ATF 105 Ib 348.

<sup>33</sup> ROLF 1973, p. 86.

<sup>34</sup> ATF 101 Ib 336.

<sup>35</sup> RS 952.0.

fédérale du 30 septembre 1955<sup>36</sup>, s'agissant de la gestion des contrats de stocks obligatoires, guère plus de 3 à 4% des dossiers donnent lieu à des litiges. Il faut relever en dernier lieu que les données qui viennent d'être évoquées ne sont pas uniquement applicables au domaine de l'administration restrictive, mais s'appliquent également dans le cadre de législations de subventionnement et de promotion. L'Office fédéral du logement nous a ainsi communiqué que les décisions qu'il a été amené à rendre en application de la loi encourageant la construction et l'accession à la propriété de logement en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1975 n'ont fait jusqu'ici l'objet que de 20 recours. Pour le surplus, il n'y a jusqu'ici pas eu dans ce domaine de contentieux relatifs à l'exécution de contrats de droit public ayant pour objet l'octroi de l'aide fédérale aux bénéficiaires.

Il va sans dire que les indications qui précèdent, même au plan quantitatif, ne sont que purement fragmentaires. Elles permettent néanmoins de mettre en lumière une tendance générale qui se caractérise par la relative rareté du contentieux en droit administratif économique porté devant les juridictions administratives. Cette rareté peut s'expliquer suivant les domaines aussi bien par l'organisation actuelle du contentieux que par les problèmes rencontrés par le juge face aux particularités du droit économique.

A ce stade, on peut toutefois affirmer d'ores et déjà, à l'instar de DRAGO<sup>37</sup>, que l'on ne peut pas en droit public économique établir une corrélation entre les comportements administratifs et leur traduction contentieuse, car il est indéniable que pour une décision annulée, il y a une multitude de décisions comparables qui ont reçu application sans difficultés.

## *2. Retenue du juge administratif face aux décisions économiques de l'Etat*

Les considérations qui précèdent sont à mettre en parallèle avec divers éléments, figurant aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, qui semblent indiquer un certain embarras du juge administratif lorsqu'il est amené, sur recours, à contrôler l'application de la législation économique. L'on ne saurait toutefois assimiler la situation qui règne dans notre pays à celle qui prévaut

<sup>36</sup> RS 531.01.

<sup>37</sup> Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p.455.

en France où, comme l'a mis en évidence notamment DRAGO<sup>37</sup>, le Conseil d'Etat a tenu lui-même à invoquer le particularisme des solutions qu'il donnait en soulignant qu'en matière économique les solutions apportées par la jurisprudence traditionnelle n'étaient pas nécessairement transposables. Il a jugé que la légalité économique n'était pas celle de droit commun et que dès lors, pour reprendre la terminologie de DRAGO «l'ordre public économique est dérogatoire». Cela a conduit la jurisprudence française à considérer que là où un secteur avait été réglementé par l'Etat, l'intervention de l'administration bénéficiait d'une présomption de légalité<sup>38</sup>.

S'exprimant lors de la réunion de la Société suisse des juristes du 30 septembre 1978, Monsieur le juge fédéral GRISEL<sup>39</sup> tenait à souligner, dans le cadre de la discussion consacrée à la mise en œuvre du principe de la proportionnalité, que s'agissant des problèmes économiques, l'exercice du contrôle judiciaire était moins étendu que lorsque des droits idéaux, par exemple la liberté personnelle ou la liberté d'opinion, sont en jeu. Le Tribunal fédéral, de peur de trancher des questions «dont il ne connaît qu'imparfaitement les données», fait ainsi preuve de retenue en se bornant à censurer les mesures manifestement inadéquates.

Les divers auteurs en droit administratif suisse sont ainsi amenés à donner en exemple l'administration économique et les concepts de politique économique comme des domaines où le juge laisse à l'administration une marge d'appréciation importante se considérant moins compétent pour statuer que cette dernière<sup>40</sup>. MACHERET s'est ainsi exprimé comme suit sur ce point:

«soucieux parfois à l'excès de ne pas sortir de sa mission et se prendre à diriger, par exemple, la politique agricole, bancaire ou commerciale du pays, le Tribunal fédéral concède volontiers aux instances inférieures qu'elles sont mieux placées et mieux outillées que lui pour dégager de sens adéquat d'une norme juridique imprécise ou pour l'appliquer au cas particulier»<sup>41</sup>.

Sans procéder à une revue de détail de la jurisprudence, l'on constatera ainsi que le Tribunal fédéral, auquel l'article 24 de la loi fédérale sur les banques a conféré la tâche de contrôler sur recours les décisions prises par la Commission fédérale des ban-

<sup>38</sup> Voir DELMAS MARSALET, op.cit., p.149.

<sup>39</sup> Procès-verbal de la réunion de la Société suisse des juristes, RDS 1978, fascicule 5, p.546–547.

<sup>40</sup> Voir ainsi par exemple, GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, p.224–225; MOOR, Le juge administratif et l'application de la loi, p.675.

<sup>41</sup> La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, p.96.

ques<sup>42</sup>, a expressément déclaré qu'il entendait faire preuve de prudence dans son pouvoir de censure:

«Ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der EBK gegen eine Bank gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft. Dabei muß es sich aber Zurückhaltung auferlegen bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen zu deren Beantwortung die EBK zufolge ihrer Zusammensetzung aus Sachverständigen besser imstande ist als das Bundesgericht. Insofern ist der EBK ein gewisser Beurteilungsspielraum in der Beurteilung des Einzelfalls zuzugestehen»<sup>43</sup>.

Traitant des prélèvements des droits de douane supplémentaires sur les importations de vins rouges en bouteille<sup>44</sup>, le Tribunal fédéral a de même estimé que de manière générale, la Division du commerce du Département de l'économie publique était mieux outillée que lui pour déterminer la réserve globale pour cas de rigueur exonérée d'un supplément de droit de douane. La juridiction suprême de notre pays a fait preuve d'une attitude analogue, s'agissant des pouvoirs du Conseil fédéral dans le domaine de l'application de la législation agricole. A diverses reprises, le Tribunal fédéral a ainsi expressément déclaré qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si les mesures adoptées par l'autorité étaient économiquement justifiées<sup>45</sup>; au sujet de l'approvisionnement du pays en beurre, il a jugé que la responsabilité de l'application de la législation en la matière incombait principalement à l'administration et à la Division de l'agriculture et non au Tribunal fédéral lui-même:

«Die ‹geordnete Versorgung des Landes› ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der sowohl dem Bundesrat als auch dem mit der Rechtsanwendung beauftragten Departement einen weiten Beurteilungsspielraum beläßt. Das Departement hat dabei die Auswirkungen von Veränderungen der Marktstruktur sowohl auf die Handelsmargen – allfällige Verteuerung der Butter und dadurch bewirkte Erschwerung des Absatzes – als auch auf die zur gemeinsamen Selbsthilfe verpflichteten Branchenangehörigen zu berücksichtigen»<sup>46</sup>.

Dans un arrêt Baumgartner souvent cité<sup>47</sup> traitant de la politique horlogère, le Tribunal fédéral a jugé qu'il «n'appartient pas aux jurisdictions administratives de diriger la politique horlogère et notamment de l'adapter aux circonstances changeantes. Elles

<sup>42</sup> Voir BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, ad. art. 24 et références citées concernant les travaux préparatoires.

<sup>43</sup> ATF 105 Ib 406 ss, 488; 103 Ib 354 E 5b.

<sup>44</sup> ATF 104 Ib 108 ss. notamment 114.

<sup>45</sup> ATF 104 Ib 205.

<sup>46</sup> ATF 101 Ib 87 ss.

<sup>47</sup> ATF 91 I 75, 76.

doivent bien plutôt se borner à en constater le contenu, tel qu'il résulte des mesures prises par les autorités législatives et exécutives, ainsi que par les organes directeurs de l'horlogerie, puis à rechercher si les décisions contestées devant elles sont conformes aux dispositions arrêtées par les agents compétents». Ce dernier arrêt s'inscrit dans une jurisprudence constante qui a fait l'objet d'études détaillées. Ainsi SCHMIDHAUSER<sup>48</sup>, après avoir passé en revue les différents arrêts souligne que la jurisprudence du Tribunal fédéral a eu tendance à confirmer les décisions attaquées à tel point qu'il y a lieu de se demander si le Tribunal fédéral n'a pas voulu montrer son impuissance face aux domaines de la politique économique.

Les développements qui précèdent mettant en évidence la rareté et les hésitations du contentieux amènent incontestablement à poser la question de savoir si, comme l'affirme BOULOUIS dans son rapport consacré au rôle du juge communautaire en présence des problèmes économiques<sup>49</sup>, le contentieux de la légalité est très mal adapté au contrôle de l'administration économique du fait d'une sorte d'incompatibilité entre sa technique et la structure propre du droit applicable. C'est précisément à l'examen des particularités et à la structure du droit administratif économique ainsi qu'à l'étude des conséquences que celles-ci ont pour le contentieux que vont être consacrés les développements qui vont suivre.

<sup>48</sup> Op.cit., p.30 et 31.

<sup>49</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, rapport sur le juge communautaire, p.252ss, 256.

### **III. Contentieux et caractéristiques du droit économique**

Traitant du degré d'originalité du contentieux économique, VENEZIA<sup>1</sup> a mis en lumière le fait que le problème du contrôle juridictionnel en matière économique tient à la difficulté qu'a éprouvé le «juridique» à intégrer «l'économique» ou «pour poser le problème en termes contentieux, à la difficulté qu'a toujours éprouvé le contentieux classique à résoudre les problèmes posés par le droit économique, un droit dont il est devenu pour ainsi dire banal de relever les éléments d'originalité». MOOR, dans une étude consacrée au juge administratif et à l'application de la loi<sup>2</sup>, a clairement rappelé que la position du juge administratif dans le système des pouvoirs étatiques se situe dans la structure norme – application – contrôle que reproduit la tripartition des organes (Parlement, administration, juge). Toutefois, le système ne peut fonctionner que si le juge est confronté dans son contrôle à des règles de droit préalablement établies. Cela vaut bien évidemment, également pour ce qui a trait au contrôle des décisions économiques comme l'a justement souligné SAVY<sup>3</sup>. En d'autres termes, l'efficacité du contrôle juridictionnel dépend de l'existence d'une véritable légalité économique et de moyens de contrôle adaptés aux modalités d'action administrative. Les développements qui vont suivre soulignent les insuffisances qui apparaissent à ce niveau.

#### *1. Flexibilité et structure de la législation économique*

##### *1.1. Généralités*

Le caractère extrêmement changeant des conditions générales de l'activité et de la situation économique nécessite l'adaptation

<sup>1</sup> Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p. 147, 148.

<sup>2</sup> Le juge administratif et l'application de la loi, p. 667.

<sup>3</sup> Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économique de l'administration, p. 5.

constante de l'intervention de l'Etat à ces variations. En d'autres termes, cela signifie que, pour s'adapter à une conjoncture dont les données se modifient constamment, la légalité doit être mobile<sup>1</sup>. GYGI<sup>2</sup> a souligné que les interventions restrictives de l'administration dans le domaine économique doivent tenir compte de chaque situation particulière, ce qui constitue un obstacle à une réglementation générale et abstraite; par ailleurs, la stabilité des normes dans ce secteur d'activité est compromise par le fait que l'Etat doit en permanence corriger et adapter son comportement vis-à-vis des agents économiques en raison des fluctuations imprévisibles qui se produisent. GYGI écrit ainsi:

«Der Anforderung der Dauerhaftigkeit kann das Interventionsrecht auf weiten Strecken ebenfalls nicht Genüge leisten. Nicht allein ist es zum Voraus darauf ausgerichtet, Fehlabläufe und Krisensituation zu korrigieren und zu beheben und schon deshalb nicht auf lange Sicht konzipiert. Die Nationalökonomen heben außerdem hervor, daß die Auswirkungen staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft – die sie Datenänderungen nennen – unvorhersehbar und unüberblickbar sind. Sie verlaufen durchaus nicht immer linear, d.h. nicht nach den Berechnungen und Mutmaßungen der Wirtschaftspolitiker. Das ruft immer neuen wirtschaftspolitischen Maßnahmen, entweder auf dem Wege über neue Gesetze oder häufiger auf Grund flexibler, elastischer Formulierungen der Gesetzestexte. Die Begriffselemente der Dauerhaftigkeit und der Bestimmtheit des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffes werden somit im Wirtschaftsdirigismus der Natur der Sache nach gefährdet».

C'est un point de vue analogue qui est exprimé par VENEZIA<sup>3</sup> qui indique que l'économique présente des caractères très différents de ceux du juridique, notamment s'agissant de la permanence qui constitue un attribut fondamental des concepts juridiques. La mobilité du droit économique se définit en permanence par rapport à la conjoncture «qui pourra imposer demain ce qu'hier elle interdisait». Dès lors, l'on est en droit de remarquer à l'instar de GAUDEMUS<sup>4</sup> que s'il est un domaine où la règle de droit ne peut prétendre à la pérennité, c'est le domaine économique. Les transformations des structures sont aujourd'hui si rapides qu'elles obligent à de fréquentes révisions des règles administratives. C'est dire que la souplesse est une des caractéristiques majeures du droit public économique. LAUBADÈRE dans son traité<sup>5</sup> écrit ainsi à juste titre que: «mutabilité, plasticité, droit mobile ou flexible ou mouvant, ces expressions sont volontiers

<sup>1</sup> SAVY, op.cit., p.5.

<sup>2</sup> *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p.48.

<sup>3</sup> Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p. 148.

<sup>4</sup> Réflexions sur le droit administratif économique.

<sup>5</sup> Droit public économique, p.112.

employées pour caractériser l'un des aspects – et non des moindres – de la souplesse du droit administratif économique».

### *1.2. Constantes modifications de la législation*

La souplesse du droit administratif économique provoque tout d'abord des changements fréquents de réglementation. D'innombrables exemples pourraient être fournis de cas où la loi ou l'ordonnance qui sont censées définir les droits et devoirs des entrepreneurs dans un secteur déterminé de l'économie font l'objet de révisions annuelles qui modifient, complètent ou abrogent une partie de la réglementation. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la législation agricole. L'ordonnance du Conseil fédéral du 21 décembre 1953 relative à des dispositions de caractère économique de la loi sur l'agriculture a été modifiée 19 fois depuis son entrée en vigueur<sup>6</sup>. Huit des 19 modifications, dont certaines sont intervenues plusieurs fois dans la même année, concernent un seul et même article, soit l'article 28 qui institue le régime de permis pour l'importation de diverses marchandises agricoles. L'ordonnance du 27 septembre 1971 concernant le marché du bétail de boucherie et l'approvisionnement en viande<sup>7</sup> durant la période s'étendant entre 1971 et 1980 a fait l'objet de six modifications successives; le même article, soit l'article 22 qui définit le régime des contingentements individuels, a été modifié à deux reprises durant l'année 1980<sup>8</sup>.

Un autre exemple peut être tiré des mesures adoptées dans le secteur de l'économie laitière. Ainsi dans le cinquième rapport sur la situation de l'agriculture suisse et la politique agricole de la Confédération du 22 décembre 1976<sup>9</sup>, le Conseil fédéral dresse l'historique des mesures adoptées depuis la fin des années 60 dans le but de freiner l'accroissement des livraisons et d'orienter au mieux l'utilisation du lait. Les producteurs dans la période s'étendant de 1969 à 1976 ont vu toute une série de mesures et d'interventions mises en place destinées à contrôler le marché. Dans cette période, l'ensemble de l'arsenal législatif a subi des changements du niveau de la loi (loi fédérale sur la commercialisation du fromage) en passant par l'arrêté de l'Assemblée fédérale (arrêté du 29 septembre 1953 sur le statut du lait) jusqu'aux arrêtés et ordonnances du Conseil fédéral et les instructions et règlements émanant de l'Union centrale des producteurs suisses de lait.

<sup>6</sup> RS 916.01.

<sup>7</sup> RS 916.34.

<sup>8</sup> ROLF 1980, p.667 et 894.

<sup>9</sup> FF 1971 I, p.358.

L'on aboutit à des constatations analogues si l'on se penche sur la réglementation qui régit l'intervention de l'Etat dans le domaine de la politique économique extérieure. Comme l'a noté SCHÜRMANN<sup>10</sup>, les mesures réglementant le commerce extérieur comportent un dispositif comprenant des interdictions, des contingentements ainsi que des prélèvements de droits. Or, ce dispositif est constamment modifié, adapté en fonction principalement des impératifs de la politique économique extérieure de notre pays, elle-même dépendant des développements internationaux ainsi que des négociations multilatérales qui ont lieu à ce niveau<sup>11</sup>. La réglementation douanière de notre pays est ainsi un modèle de normes qui subissent constamment des modifications et des adjonctions. Le tarif d'usage pour les dédouanements<sup>12</sup> a été amendé 40 fois depuis l'année 1959. Les modifications du tarif douanier s'expliquent notamment par la mise en œuvre progressive d'accords conclus par l'entremise des conférences du GATT<sup>13</sup>, de l'Association européenne de libre échange<sup>14</sup> ou des accords avec la CEE<sup>15</sup>.

### *1.3. Importantes délégations à l'exécutif*

Les situations à régler devenant plus complexes, il s'avère dans la pratique que la loi adoptée par le pouvoir législatif n'apparaît plus l'instrument approprié pour mener une politique économique qui soit suffisamment prompte à la riposte. Il semble, en effet, qu'une telle politique presuppose souvent un degré d'anticipation sur les événements, et une flexibilité dans l'application que le législateur ne peut que difficilement produire<sup>16</sup>. Pour s'adapter à une conjoncture dont les données se modifient constamment, ainsi qu'indiqué ci-dessus, la légalité doit être mobile, d'où le déclin de la loi au profit du règlement et parmi les divers règlements la préférence donnée au moins solennel. Le rôle des

<sup>10</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 198 ss.

<sup>11</sup> Voir notamment 17<sup>e</sup> rapport du Conseil fédéral sur la politique économique extérieure, FF 1981 III, p. 1 ss.

<sup>12</sup> RS 632.10.

<sup>13</sup> Voir ROLF 1967 p. 1765; 1962, p. 2034; 1968, p. 888, 1753; 1970, p. 138; 1979, p. 2153, 2634, 2654; 1980, p. 1033, 1894.

<sup>14</sup> Par exemple, ROLF 1060, p. 872; 1961, p. 513, 514; 1962, p. 146, 1230; 1964, p. 573, 574; 1966, p. 1610; 1967, p. 2037, 2038; 1968, p. 618; 1971, p. 1693, 1695; 1978, p. 1434.

<sup>15</sup> ROLF 1973, p. 703, 902, 1055; 1974, p. 1954; 1977, p. 1280, 1283, 2325; 1978, p. 1914; 1980, p. 747, 1944, 1945.

<sup>16</sup> KOOPMANS, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit public, p. 6.

actes normatifs inférieurs à la loi en droit fédéral est ainsi extrêmement important dans le domaine du droit économique. C'est dire que l'administration dispose souvent de larges habilitations qui lui permettent d'agir en assurant la cohérence de sa politique.

En principe, le Conseil fédéral a un pouvoir réglementaire limité, l'article 102, chiffre 5 de la Constitution ne lui octroye que la compétence d'édicter des normes secondaires d'exécution, c'est-à-dire qui précisent, prolongent ou développent ce qui figure dans la loi<sup>17</sup>. L'examen de la réglementation de droit administratif économique confirme toutefois l'opinion d'AUBERT qui a souligné que le terme «exécution» donne au gouvernement fédéral une compétence étendue. L'exécution n'est pas, en effet, comme l'a relevé cet auteur, seulement la concrétisation des règles qui sont dans la loi, «c'est aussi d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la définition des termes de la loi, et c'est même le comblement des lacunes, lorsqu'elles sont véritables et que le silence de la loi n'est pas volontaire»<sup>18</sup>. L'on remarquera, cela étant, que la frontière entre la simple exécution et la mise en œuvre de règles ou de principes nouveaux, n'est pas toujours claire ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser, notamment dans son arrêt Confédération suisse et Département fédéral des finances et des douanes du 25 octobre 1979<sup>19</sup> en se penchant en particulier sur la définition du concept «d'afflux de fonds étrangers» au sens de l'article 2, alinéa 1 de l'arrêté fédéral urgent du 8 octobre 1971 sur la sauvegarde de la monnaie.

Cela étant, l'importance de l'ordonnance dans le droit administratif économique s'explique principalement par l'étendue des délégations législatives conférées à l'exécutif. Les exemples pourraient être multipliés dans divers domaines du droit économique. Dans la réglementation relative au commerce extérieur, on soulignera ainsi par exemple l'importante délégation conférée par l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté fédéral sur les mesures économiques extérieures du 28 juin 1972<sup>20</sup>. Cette disposition prévoyait que:

«Si des mesures prises par l'étranger ou si des conditions extraordinaires régnant à l'étranger ont, sur le trafic des marchandises ou des paiements de la Suisse avec l'étranger, des incidences telles que des intérêts économiques suisses essen-

<sup>17</sup> Voir AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, T II, p.478, No 1311; HANGARTNER, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, T I, p.117.

<sup>18</sup> La hiérarchie des règles, in: L'art de légiférer, Recueil de travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, RDS 1974, II, p.193 ss, 212; également GRISEL, Droit administratif suisse, p.83.

<sup>19</sup> ATF 105 I b 348ss.

<sup>20</sup> RS 946.201.

tiels s'en trouvent affectés, le Conseil fédéral peut, aussi longtemps que les circonstances l'exigent:

- a) surveiller l'importation, l'exportation et le transit des marchandises, les soumettre au régime de l'autorisation préalable, les limiter ou les interdire;
- b) réglementer le service des paiements avec certains pays et, le cas échéant, ordonner la perception de taxes de péréquations en vue de compenser les perturbations d'ordre monétaire ou celles qui relèvent du prix dans le trafic des marchandises et des paiements.»

Comme l'expliquait le message à l'appui de cet arrêté fédéral, l'autorisation accordée au Conseil fédéral de prendre immédiatement des mesures de défense nécessaires, lorsque des intérêts économiques suisses essentiels se trouvent affectés par des mesures adoptées par l'étranger, reprend la formule en vigueur aux termes de l'arrêté fédéral antérieur datant du 28 septembre 1956. Dans son message, le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit:

«Cette autorisation, ainsi définie, a donné satisfaction pour des profondes transformations qui se sont manifestées dans les relations commerciales à l'échelle mondiale, et elle demeurera, dans un avenir prévisible, un élément indispensable de nos moyens d'action en matière de politique économique»<sup>21</sup>.

L'habilitation de compétence conférée à l'Exécutif a permis au Conseil fédéral d'édicter toute une série d'ordonnances régissant successivement le trafic des marchandises avec l'étranger<sup>22</sup>, la surveillance des importations de marchandises<sup>23</sup>, l'importation de textiles<sup>24</sup>, la surveillance des importations de fromages<sup>25</sup>, l'exportation de marchandises<sup>26</sup>. Des délégations d'importance analogue figurent dans le secteur de la législation agricole. Ainsi l'article 23 de la loi fédérale sur l'agriculture<sup>27</sup> habilite le Conseil fédéral à limiter le volume des importations, à percevoir des droits de douanes supplémentaires et à obliger les importateurs à prendre en charge des produits agricoles lorsque le placement d'un produit agricole indigène est entravé de manière intolérable par l'importation d'un produit. Cette très large délégation de compétence législative en faveur de l'exécutif confère à ce dernier ce que le Tribunal fédéral a qualifié de «prospektives Ermessen»<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> FF 1971 II, p.1511.

<sup>22</sup> RS 946.201.1.

<sup>23</sup> RS 946.211/946.212.

<sup>24</sup> RS 946.213.

<sup>25</sup> RS 946.215.

<sup>26</sup> RS 946.221.

<sup>27</sup> RS 910.1.

<sup>28</sup> ATF 100 Ib 429.

C'est en se fondant sur cet article 23 que le Conseil fédéral a institué divers régimes de contingentements s'appliquant aussi bien à l'importation de fleurs coupées<sup>29</sup> que de vins (statut du vin)<sup>30</sup>, que d'animaux de rente et d'élevage<sup>31</sup> ou de viandes de boucherie<sup>32</sup>. La réglementation de l'interventionnisme dans le domaine agricole constitue ainsi un exemple particulièrement frappant de l'importance des ordonnances et divers règlements du Conseil fédéral. La loi fédérale sur l'agriculture n'est, en définitive, qu'une législation cadre qui se borne à créer les fondements de la politique qui est réalisée par le Conseil fédéral. Dans le domaine de l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne, la loi fédérale du 28 juin 1974 vise à améliorer les conditions d'existence dans ces régions par l'octroi d'une aide. L'octroi de cette aide financière qui prend la forme de cautionnements, de prêts, dépend de la définition des régions dont la capacité économique justifie l'assistance de la Confédération. Or, l'article 8 de la loi délègue en son alinéa 2, à l'ordonnance d'exécution la fonction d'établir les indicateurs qui permettent de mesurer et d'apprécier le besoin d'aide d'une région. Enfin l'on citera le cas de la réglementation relative au commerce des denrées alimentaires. La loi fédérale sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels prévoit à l'article 54 :

«Le Conseil fédéral édicte les dispositions propres à sauvegarder la santé publique et à prévenir toute fraude dans le commerce des marchandises et objets soumis au contrôle institué par la présente loi»<sup>33</sup>.

D'autres exemples pourraient bien évidemment être fournis qui soulignent l'extension des pouvoirs de l'administration et du rôle de l'ordonnance qui en découle, de sorte que, comme l'a souligné pour l'Allemagne BADURA<sup>34</sup>, des éléments importants de la politique économique sont considérés comme relevant avant tout de la fonction exécutive.

Cela étant, il convient de noter que la flexibilité et la mobilité de la législation atteignent un degré tout particulier dans le domaine du droit conjoncturel. Les expériences faites durant les années 70 dans notre pays, par le biais du droit d'urgence, sont

<sup>29</sup> RS 916.122.21.

<sup>30</sup> RS 916.140.

<sup>31</sup> RS 916.302.1.

<sup>32</sup> RS 916.341.

<sup>33</sup> RS 817.0.

<sup>34</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 270.

sur ce point très éclairantes. AUER dans un article publié en 1976<sup>35</sup> s'est penché sur les divers arrêtés fédéraux urgents qui de 1971 à 1975 ont été adoptés par la Confédération en vue de la stabilisation de la conjoncture<sup>36</sup>. Ces arrêtés n'ont cessé de réglementer des aspects toujours plus globaux de la politique conjoncturelle affectant l'économie dans son ensemble. AUER a mis en évidence la fréquence, l'ampleur et la durée des délégations législatives en faveur du gouvernement:

«En effet, parmi les 23 arrêtés urgents que nous avons examinés, rares sont ceux qui ne déléguent pas une ou plusieurs compétences au Conseil fédéral ou à une autorité qui lui est directement subordonnée. On peut même penser que cette délégation constitue souvent le but principal d'un arrêté urgent».

Parfois, l'arrêté fédéral s'est borné à définir le but de l'intervention laissant à l'exécutif la charge de définir les moyens de la politique. AUER indique ainsi:

«Plus souvent le but de la délégation est défini avec une formule si imprécise qu'il échappe à toute interprétation juridique. Le Conseil fédéral est autorisé à prendre telles mesures <en vue de freiner la surchauffe économique> ou <d'assurer une évolution harmonieuse de la conjoncture>, <en cas de graves perturbations de l'ordre monétaire international>; <en cas de pénurie> ou <en cas de persistance d'un fort renchérissement ou d'augmentation extraordinaire des prix causant un préjudice notable à l'économie>».

L'on soulignera pour le surplus qu'en raison même des objectifs qui leur sont assignés, les réglementations de politique conjoncturelle, notamment celles relatives à la politique monétaire, n'ont qu'une durée de validité limitée. Ainsi, par exemple, les ordonnances concernant le placement de fonds étrangers en papiers valeurs suisses<sup>37</sup> et régissant l'importation des billets de banque étrangers<sup>38</sup> du 27 février 1978, ont été abrogées moins d'une année après leur entrée en vigueur<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Les détours du retour à la démocratie directe; le droit fédéral d'urgence 1971–1975, in: *Mélanges offerts à la Société suisse des juristes*, Genève 1976, p. 1 ss.

<sup>36</sup> AF du 25 juin 1971 concernant la stabilisation du marché de la construction (ROLF 1971, p. 961); AF du 8 octobre 1971 sur la sauvegarde de la monnaie (ROLF 1971, p. 1446); AF instituant un dépôt à l'exportation (ROLF 1972, p. 3164); AF sur la surveillance des prix des salaires et de bénéfices (ROLF 1972, p. 3112); AF instituant des mesures dans le domaine du crédit (ROLF 1972, p. 3121); AF du 24 juin 1974 sur la sauvegarde de la monnaie (ROLF 1974, p. 1184); AF du 19 décembre 1975 sur la surveillance des prix (ROLF 1975, p. 2552); AF du 19 décembre 1975 sur la politique du marché de l'argent et du crédit (ROLF 1975, p. 2568).

<sup>37</sup> ROLF 1978, p. 250.

<sup>38</sup> ROLF 1978, p. 253.

<sup>39</sup> ROLF 1979, p. 169 et 170.

#### *1.4. Difficultés et attitude du juge administratif*

Comme l'a souligné BOULOUIS<sup>40</sup>, le contentieux en droit administratif est un contentieux de comparaison entre une norme inférieure et une norme supérieure, comparaison aboutissant à un constat de conformité ou de non-conformité, voire de simple compatibilité. Or, la flexibilité de la réglementation économique pose des problèmes au juge administratif dès lors qu'elle se heurte à l'idée de sécurité juridique que, pour reprendre l'expression de KOOPMANS<sup>41</sup>, «par nature et par vocation» il est porté à cultiver. Les développements qui précèdent ont permis de rappeler que les décisions économiques doivent être adaptées aux situations et à la conjoncture et non enfermées dans «des cadres rigides fixés à l'avance»<sup>42</sup>. En 1970, Monsieur Parodi, vice-président du Conseil d'Etat français, soulignait en ces termes les difficultés auxquelles est dès lors confronté le juge.

«Le contrôle du juge s'introduit mal dans un domaine où, par la force des choses, les décisions sont de plus en plus prises en fonction de situations particulières et de moins en moins en fonction de règles générales suffisamment précises pour que leurs applications puissent être vérifiées»<sup>43</sup>.

Ainsi les constantes adaptations auxquelles est soumis la réglementation de droit administratif économique, rendent plus difficile le développement d'une jurisprudence dont les considérants sont d'intérêt général. Les faits économiques sont à ce point «tétus, imprévisibles et variables» que cela non seulement nuit à la stabilité des règles de droit et à la sécurité des situations juridiques, mais également au travail des juridictions administratives. Ainsi que l'a souligné avec pertinence TRUCHET<sup>44</sup>, les réglementations connaissent de déconcertantes volte-face de sorte que la lecture de la jurisprudence laisse l'impression d'un juge assez désarmé.

Les développements qui précèdent ont permis de souligner qu'une bonne part des normes de droit administratif économique sont de nature réglementaire. On pourrait dès lors s'attendre à ce que le contrôle exercé par le Tribunal fédéral sur l'action économique de l'administration soit d'autant plus étendu. Les ordonnances du Conseil fédéral, qui, selon l'expression utilisée par

<sup>40</sup> Op.cit., supra p. 256.

<sup>41</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit public, p. 7.

<sup>42</sup> LAUBADÈRE, Droit public économique, p. 454.

<sup>43</sup> Citation faite par LAUBADÈRE, op.cit., p. 454.

<sup>44</sup> Réflexions sur le droit économique public.

AUBERT forment le «centre de gravité de notre législation nationale»<sup>45</sup>, sont exposées par voie d'exception au contrôle de constitutionnalité ne bénéficiant pas de l'immunité de l'article 113 3<sup>e</sup> alinéa de la Constitution fédérale<sup>46</sup>. Dès lors, le Tribunal fédéral est habilité à censurer les actes normatifs du gouvernement qui sont entachés d'illégalité ou d'inconstitutionnalité. Une seule réserve doit être faite pour le cas où l'ordonnance ne fait que reproduire une inconstitutionnalité figurant dans un texte jouissant de l'immunité prévue par l'article 113, alinéa 3 de la Constitution<sup>47</sup>.

L'examen de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral montre, toutefois, que celui-ci opère une distinction dans l'examen des normes édictées par le gouvernement entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution prises sur la base d'une délégation législative. Il est intéressant de noter que c'est d'ailleurs à l'occasion de litiges ayant une connotation économique que le Tribunal fédéral a développé cette thèse. Ainsi dans un arrêt du 29 mai 1975<sup>48</sup> concernant le transport de journaux et de périodiques, le Tribunal fédéral saisi par des recourants qui prétendaient que les PTT avaient sans droit des concurrents, a précisé qu'il se considérait comme parfaitement compétent pour revoir la légalité des ordonnances d'exécution qui se limitent à préciser le sens de la loi.

Dans ce cas, le Tribunal fédéral censure les interprétations de la loi données par l'ordonnance qui ne sont pas convaincantes. L'on remarquera toutefois que même dans ce cadre, le Tribunal fédéral a refusé de se saisir du grief de l'association des détaillants qui invoquait que l'application du tarif des PTT à leur journal était de nature à remettre en cause l'existence de ce dernier. Le Tribunal fédéral a, en effet, déclaré que son pouvoir de cognition se limitait à l'examen de la stricte légalité et que la question de l'importance et de l'incidence économique des tarifs des PTT ne constituait pas à ses yeux un problème juridique.

Dans un arrêt rendu la même année, soit le 27 juin 1975<sup>49</sup>, le Tribunal fédéral s'est penché sur la constitutionnalité et la légalité de l'ordonnance sur les liquidations et opérations analogues à

<sup>45</sup> La hiérarchie des règles, p. 211.

<sup>46</sup> Voir AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, T I, p. 175 ss; GRISEL, Droit administratif suisse, p. 86–87.

<sup>47</sup> ATF 104 Ib 412; 105 Ib 369 et références citées.

<sup>48</sup> ATF 101 Ib 178.

<sup>49</sup> ATF 101 Ib 143.

l'occasion d'un litige relatif à des ventes spéciales de l'industrie de l'habillement. Dans cet arrêt, les juges ont souligné que l'article 17, alinéa 4 de la loi sur la concurrence déloyale accorde la compétence au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution, relatives au régime des ventes spéciales. Le Tribunal fédéral a considéré que la volonté du législateur en attribuant une compétence normative au gouvernement était de conserver la possibilité d'adapter rapidement la réglementation aux mutations économiques. Dès lors, la Haute Cour a estimé qu'il ne lui incombaît pas de substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral dans le cadre de l'examen de la validité de l'ordonnance. Le Tribunal fédéral s'interdit en particulier d'examiner si les dispositions de l'ordonnance sont économiquement appropriées ou opportunes; il se limite à censurer les cas où l'ordonnance dépasse manifestement le cadre de la délégation ou, si pour d'autres motifs, l'ordonnance est à l'évidence illégale ou inconstitutionnelle.

Dans l'arrêt Denner AG, le Tribunal fédéral a analysé le régime de contingentement de l'importation de vin rouge et s'est penché sur sa compatibilité avec l'article 23, alinéa 1 de la loi sur l'agriculture<sup>50</sup>. Analysant la délégation contenue dans cette loi en vue de définir son pouvoir d'examen, la Haute Cour a tout d'abord rappelé que la délégation de compétence se justifiait par la nécessité de permettre une adaptation de la législation aux conditions changeantes du marché; le Tribunal fédéral s'est ensuite exprimé comme suit:

«Der Bundesrat ist also auf eine Prognose angewiesen, wenn er darüber zu befinden hat, ob Verordnungsvorschriften, wie sie in Art. 23 LW vorgesehen sind, zu erlassen oder beizubehalten seien. Eine solche Entscheidung hat Ermessenscharakter; es handelt sich um «prospektives Ermessen» (IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3/4. Aufl., Nr. 221 VI/VII, S. 77). Bei der Überprüfung der vom Bundesrat gestellten Prognose muß sich das Bundesgericht daher Zurückhaltung auferlegen. Es hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob der Befund des Bundesrates schlechterdings unhaltbar sei (vgl. BGE 88 I 281).»

Dans l'arrêt du 3 février 1978<sup>51</sup>, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'ordonnance sur le bétail de boucherie. A cette occasion, il a confirmé que lorsqu'une ordonnance du Conseil fédéral est prise sur la base d'une norme de délégation relativement imprécise et qu'en conséquence, l'exécutif s'est vu investi d'une partie importante du pouvoir d'appréciation du législateur, le

<sup>50</sup> ATF 100 Ib 429.

<sup>51</sup> ATF 104 Ib 205.

Tribunal fédéral doit limiter son pouvoir de contrôle. Il ne doit pas substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui du Conseil fédéral et il n'a pas à rechercher si les mesures adoptées sont économiquement justifiées. L'opportunité des mesures en vue d'atteindre les buts fixés par la loi ou la Constitution relève du jugement de l'exécutif et non aux juridictions administratives.

Cette jurisprudence a été, une fois encore, confirmée le 22 décembre 1978<sup>52</sup> dans un arrêt COOP Schweiz, Migros, relatif aux suppléments de prix sur les huiles et graisses comestibles. Le Tribunal fédéral a expressément remarqué que dans un domaine où le législateur laisse au Conseil fédéral un pouvoir d'appréciation dans l'élaboration des ordonnances aussi large qu'en droit administratif économique, le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour décider quelle est la mesure la moins interventionniste qui doit être adoptée par l'autorité. Les juges ne peuvent pas aller au-delà d'un contrôle qui constate s'il y a un rapport raisonnable entre les moyens mis en œuvre par l'ordonnance et le but visé par le législateur.

En dernier lieu, et toujours s'agissant de la jurisprudence, nous citerons l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 25 octobre 1979<sup>53</sup> à propos de l'arrêté fédéral du 8 octobre 1971 sur la sauvegarde de la monnaie et des ordonnances du Conseil fédéral des 20 novembre 1974–22 janvier 1975 instituant des mesures destinées à lutter contre l'afflux de fonds étrangers. Dans cet arrêt au sujet des compétences déléguées au Conseil fédéral, le Tribunal fédéral a relevé que l'examen de l'article 1 de l'arrêté fédéral sur la sauvegarde de la monnaie permet de constater que le législateur a laissé un grand pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral. Dès lors, le juge s'estime lié par la volonté du législateur et ne se substitue pas à l'exécutif dans l'exercice du pouvoir d'appréciation; il s'interdit donc de se prononcer sur l'opportunité des mesures adoptées par le gouvernement.

C'est à juste titre que le Tribunal fédéral ne veut pas jouer le rôle de la Cour Suprême des Etats-Unis face au New Deal. Comme l'a relevé SAVY<sup>54</sup>, la paralysie du pouvoir peut être aussi dangereuse pour les libertés que son arbitraire. L'on comprend dès lors que le Tribunal fédéral ne veuille pas empêcher l'administration fédérale d'agir en imposant sa propre conception de l'action économique. Toutefois, il faut être conscient que cette

<sup>52</sup> ATF 104 Ib 412.

<sup>53</sup> ATF 105 Ib 348.

<sup>54</sup> Op.cit., p.5.

jurisprudence conduit au renforcement des pouvoirs de l'administration. Paradoxalement, le Tribunal fédéral s'estime le plus apte à intervenir dans le contrôle de la réglementation économique là où le besoin de protection juridique est le moins étendu, soit lorsque l'intervention de l'Etat fait d'ores et déjà l'objet de normes législatives approuvées par le Parlement et où la marge de manœuvre de l'administration est la plus réduite. Lorsque le Conseil fédéral ne peut qu'adopter des ordonnances d'exécution, sa latitude d'appréciation est par définition plus limitée et le risque d'arbitraire qui en résulte pour les agents économiques est d'autant plus réduit. Tel n'est pas le cas en revanche, lorsque le législateur s'est déchargé pour des motifs légitimes de sa tâche en faveur du gouvernement. Dans ce cas, la réglementation de l'interventionnisme économique échappe en partie au processus de contrôle législatif et dès lors, les risques sont accrus. Or c'est précisément dans ce cas où le besoin de protection juridique est aigu que le Tribunal fédéral estime devoir limiter sa cognition. Si l'on mesure l'importance qui a été rappelée ci-dessus des ordonnances de substitution dans la législation économique fédérale, l'on réalise à quel point la jurisprudence du Tribunal fédéral dont les contours viennent d'être esquissés, peut contribuer à l'extension des pouvoirs de l'administration.

## *2. Droit administratif économique et technique législative*

### *2.1. L'aléatoire et la norme de droit*

Comme l'a relevé à juste titre TRUCHET<sup>1</sup>, les rapports du droit et du fait sont assez houleux en droit économique.

Traditionnellement, la règle de droit se voit assigner la fonction de réaliser de manière stable un compromis entre les exigences de la vie sociale et les droits de l'individu. Le droit administratif confère au surplus une compétence à l'administration, il la conditionne et en fixe les limites de manière générale et pour un nombre indéterminé de cas. Le juriste est porté à concevoir la législation comme opération qui doit aboutir à dégager des règles sûres. La norme est synonyme de principe qui cherche à limiter la part d'incertitude qu'il y a nécessairement dans le déroulement des actions humaines. En droit administratif, le principe de la légalité, tel qu'il a été traditionnellement conçu, implique une dépendance de l'administration par rapport à la règle de droit qui

<sup>1</sup> Réflexion sur le droit économique public, p. 1032.

doit fixer et prédéterminer le contenu de l'activité des organes étatiques<sup>2</sup>. Comme l'a mis en lumière HAURIOU dans un intéressant article consacré au droit administratif de l'aléatoire<sup>3</sup>, les disciplines juridiques tendent «à une rationalisation et à une stabilisation des phénomènes sociaux ou économiques et, par conséquent, elles s'orientent naturellement vers des concepts ou des techniques se rattachant au domaine du «déterminé», parce que c'est là que les certitudes se trouvent ou, tout au moins, que la stabilité la plus grande peut se rencontrer».

Il est toutefois des phénomènes sociaux qui sortent du domaine «déterminé». Certains sont partiellement dépendants et partiellement indépendants les uns des autres. Comme l'a écrit également HAURIOU «ils ont une marge d'autonomie très importante, mais ils apparaissent limités par un certain nombre de conditions fixes, lesquelles sont insuffisantes, bien entendu, pour déterminer les rapports qui interviennent entre ces phénomènes ou catégories de phénomènes, mais non point pour les circonscrire à l'intérieur d'un cercle ou de plusieurs cercles ou domaines». L'on admet alors qu'en pareilles circonstances, on est en présence de ce que les mathématiciens ont qualifié de relations conditionnées. Lorsque le degré d'autonomie atteint son paroxysme, on est en présence de phénomènes qui sont entièrement indépendants les uns des autres, et on entre alors dans le cadre des relations dites aléatoires et de l'indéterminé. TETTINGER, dans son ouvrage, a démontré avec toute la clarté voulue que le domaine de l'économie et son étude relèvent précisément du conditionné et de l'aléatoire<sup>4</sup>. L'économie politique a en effet pour objectif de tenter d'optimaliser le fonctionnement de certains processus qui se produisent lorsque certaines conditions, en partie hypothétiques, sont réalisées et alors que seuls certains paramètres variables peuvent être isolés dans le fonctionnement du processus. En d'autres termes, cela signifie que les lois de l'économie font par définition appel aux concepts du conditionné et de l'aléatoire. Il est, pour le surplus, essentiel de relever que les certitudes et les principes relatifs au rapport de cause à effet disparaissent progressivement dès l'instant où l'on quitte les relations microéconomiques pour s'élever au niveau des décisions macroéconomiques. Il y a ainsi une gradation dans la latitude d'appréciation depuis les mesures relevant de la conception géné-

<sup>2</sup> Voir FLEINER, Principes généraux du droit administratif allemand, p. 93.

<sup>3</sup> Le droit administratif de l'aléatoire, p. 197 et ss, 200.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 151.

rale dans le domaine de la conjoncture, en passant par les mesures sectorielles ou d'aide régionale jusqu'aux décisions concernant des entreprises individuelles<sup>5</sup>. L'on mesure dès lors les difficultés auxquelles se heurte le législateur lorsqu'il entend donner un encadrement juridique aux interventions de l'administration dans l'économie puisque le conditionné et l'aléatoire excluent nécessairement les certitudes et le pré-déterminé qui caractérisent la règle juridique.

## *2.2. Indétermination des normes juridiques*

Le dilemme qui vient d'être évoqué conduit à l'adoption en droit économique d'une législation qui comme l'a souligné BOULOUIS<sup>6</sup> est plus opératoire que proprement normative. Si la technique juridique, écrit cet auteur, continue à donner à la règle «sa complexion formelle externe» c'est la doctrine économique qui lui procure son contenu, sa signification véritable. Pratiquement, le phénomène qui vient d'être décrit et qui pour certain est synonyme de crise de la légalité<sup>7</sup>, se traduit par la diffusion au travers du droit administratif économique des notions juridiques dites «imprécises», des clauses discrétionnaires et des normes programme.

Dans diverses études qu'il a consacrées aux aspects du droit administratif économique suisse, GYGI s'est longuement penché sur les conséquences et les causes de l'imprécision avec laquelle la loi définit l'intervention de l'administration<sup>8</sup>. GYGI, tout en remarquant que les notions juridiques imprécises sont également présentes dans d'autres domaines du droit, y compris dans le droit privé, souligne la présence massive de celles-ci dans le droit administratif économique. Se référant notamment à HUBER<sup>9</sup>, il a mis en évidence le fait que cette caractéristique relative à l'imprécision de la loi se retrouve de manière constante dans le droit foncier, la loi sur l'agriculture ou encore le statut du lait. GYGI confirme que ces brèches dans l'œuvre législative sont le fruit de la difficulté objective de typiser et de saisir dans une norme générale tous les développements et les faits économiques. Citant par exemple les articles 2, 8, 9, 11, 18, 29, 42, 47 et 57 de la loi sur

<sup>5</sup> Voir également TETTINGER, op. cit., p.462.

<sup>6</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, p.254; voir aussi VENEZIA, Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p.148.

<sup>7</sup> SAVY, op. cit., p.5.

<sup>8</sup> Voir également WUR, 1956, p.116 et ss; Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, p.46; Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, p.50.

<sup>9</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2<sup>e</sup> éd. II, p.199.

l'agriculture, cet auteur a mis en outre en évidence l'importance que joue les articles « programme » contenus dans les législations économiques. Ces dispositions ne visent qu'à fixer un cadre à l'intervention de l'Etat sans contenir des normes juridiques directement applicables. L'on retrouve de telles dispositions par exemple dans la loi sur la Banque nationale à l'article 2 qui fixe à l'institut d'émission l'objectif de servir de régulateur du marché de l'argent, de faciliter les opérations de paiement et de pratiquer une politique de crédit et une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays.

En dernier lieu, le législateur, à diverses reprises, confère un pouvoir discrétionnaire à l'administration; en d'autres termes, il laisse celle-ci libre de tirer de son propre chef, les conséquences juridiques d'un état de fait ou d'un état de droit déterminé. Le Parlement se laisse guider par la considération que l'autorité administrative est seule techniquement compétente pour « dire le droit » dans le cas d'espèce, et ceci en se fondant sur sa propre expérience<sup>10</sup>; il se limite en conséquence à fixer le but et les principes de l'activité administrative et renonce à proclamer à l'avance quelles mesures doivent être prises par l'organe d'exécution. Dans l'article qu'il a consacré aux garanties institutionnelles de la liberté de commerce et d'industrie, JUNOD a également mis en évidence les conditions extrêmement souples, parfois même imprécises, auxquelles sont subordonnées certaines dérogations à la liberté de commerce et d'industrie<sup>11</sup>. Les références aux notions « d'intérêt général », d'importance d'une branche économique, contenues à l'article 31<sup>bis</sup>, alinéa 3 de la Constitution fédérale impliquent pour leur définition des connaissances économiques dont JUNOD souligne qu'on ne peut les exiger des juges fédéraux. Il relève, au surplus, qu'à ses yeux, l'on ne peut résoudre le problème en requérant des experts, car il ne s'agit pas de questions auxquelles on peut donner une réponse suffisamment objective. A l'instar des auteurs précédemment cités, SCHMID-HAUSER, dans sa thèse, a également mis en lumière, aux travers d'exemples concernant le statut de l'horlogerie ou le droit agricole, l'imprécision dont peuvent être affectées les normes législatives. Cette imprécision concerne tantôt la description des conditions de fait qui dictent l'intervention de l'autorité ou les solutions à donner face à un état de fait déterminé<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> FLEINER, Principes généraux du droit administratif allemand, p. 94.

<sup>11</sup> Les garanties institutionnelles de la LCI, p. 109 et ss.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 27 et ss.

### *2.3. Conséquences pour les juridictions administratives*

Il est évident que l'imprécision des règles de droit administratif économique est de nature à causer des problèmes aux juges, dont le contrôle, ainsi que nous l'avons déjà souligné, varie suivant que les pouvoirs de l'administration sont plus ou moins liés par des conditions légales. Comme le relève DELMAS MARSALET<sup>13</sup>, lorsque l'intervention de l'administration est subordonnée, ne serait-ce que partiellement, à certaines conditions de fait définies de manière suffisamment précise, le juge peut exercer son contrôle. Lorsque la loi se borne en revanche à définir l'objet de l'intervention et à en indiquer le but sans lier l'administration à des conditions précises, le juge se trouve limité dans l'exercice de la fonction qui lui est assignée comme l'a montré notamment STEINMANN<sup>13bis</sup>. Deux exemples choisis au hasard de la législation permettent de mesurer les difficultés auxquelles on est confronté lorsqu'on imagine un contrôle juridictionnel de l'administration économique, contrôle juridictionnel qui ne peut prendre toute son efficacité que lorsqu'il porte sur des concepts juridiques rigoureux et précis.

Ainsi l'article 8 de la loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne traite de l'obligation qui incombe aux banques et aux sociétés financières d'informer à titre préalable la Banque nationale suisse lorsqu'elles effectuent des opérations de placements à l'étranger. L'alinéa 3 de cette disposition stipule au surplus :

«Si la tendance du change, celle du taux de l'intérêt, de l'argent ou des capitaux ou la sauvegarde des intérêts économiques du pays le justifie, la Banque nationale a le droit de mettre son veto à ses opérations ou de subordonner son autorisation à certaines conditions».

Dans un tout autre domaine, soit celui du commerce du fromage, l'arrêté du Conseil fédéral concernant la surveillance de l'exportation du fromage soumet ladite exportation à un régime d'autorisations<sup>14</sup>. L'article 1, alinéa 2 de l'arrêté est censé définir les conditions d'octroi du permis d'exportation. Or, il stipule que les permis d'exportation «sont délivrés exclusivement aux personnes (...) qui exercent dans le secteur du commerce de fromage, à titre professionnel, une activité n'allant pas à l'encontre des intérêts de l'exportation suisse de fromage».

<sup>13</sup> Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, p. 148.

<sup>13bis</sup> Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Berne 1982.

<sup>14</sup> RS 916.356.2.

Dans les deux cas qui viennent d'être énoncés, l'on imagine aisément quel serait l'embarras du juge si on devait exiger de lui qu'il censure l'appréciation faite par l'administration fédérale. En effet, comme l'a justement souligné GYGI<sup>15</sup> lorsque l'œuvre législative est incomplète en droit administratif économique, l'on assiste à un déplacement des responsabilités qui implique que les autorités administratives doivent compléter le travail législatif ce qui constitue une activité qui n'est manifestement pas apolitique. Instaurer une juridiction administrative dans ce cadre a pour conséquence de mêler le juge à des décisions qui relèvent des instances législatives et politiques et qui sortent dès lors de sa préoccupation principale.

KOOPMANS a noté que l'interprétation des notions vagues contenues dans le droit économique mène le juge directement au cœur des options économiques et politiques. Il est essentiel de relever que l'on ne peut comparer la situation avec d'autres domaines du droit où le juge doit interpréter les notions juridiques dites «imprécises». En droit privé ou en droit pénal, le juge est ainsi amené à définir ce que signifie, par exemple, le concept d'«intention». Toutefois, il s'agit là de notions dont on peut connaître l'essentiel sur la base d'une expérience sociale normale, tandis qu'en droit économique en raison même de l'aléatoire décrit plus haut, les notions consistent en des abstractions qui sont l'œuvre de la théorie<sup>16</sup>.

Selon l'expression utilisée par MOOR dans son article consacré au juge administratif et à l'application de la loi<sup>17</sup>, face aux incertitudes de la légalité «le juge se trouve «coincé» dans une situation peu confortable: d'une part sa fonction même, qui est de contrôler l'administration, et, dès lors, de découvrir des normes de références, soit dans le droit positif, soit dans les principes généraux; de l'autre, les limites matérielles à l'exercice de sa fonction, qui découlent, dira-t-on pour l'instant, de la nature des choses». Le juge a pour mission de faire appliquer la règle de droit, or, s'il n'a pas le soutien d'une règle de droit, il a la crainte d'outrepasser sa mission et d'imposer des solutions que l'on ne peut maîtriser dans le cadre du droit. C'est dans cette perspective que la remarque suivante de GYGI revêt une pertinence particulière<sup>18</sup>:

<sup>15</sup> WUR 1956, p. 135.

<sup>16</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit économique, p. 8 et 9.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 675.

<sup>18</sup> *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 90.

« Rechtspflege in der Vollendung, also gerichtlicher Rechtsschutz kann auf die Verwaltungstätigkeit nur insofern und bloß insoweit aufgepropft werden, als die Verwaltungsfunktionen rechtlich normiert sind ».

Sans vouloir aborder ce qui constitue un des « serpents de mer » du droit administratif, l'on relèvera que la doctrine, s'agissant de l'imprécision de la loi et du pouvoir de contrôle du juge, s'est traditionnellement attachée à distinguer soigneusement ce qui relève du pouvoir discrétionnaire et ce qui n'est qu'interprétation de notions juridiques imprécises. De subtiles distinctions ont été proposées par les auteurs se fondant tantôt sur une analyse grammaticale des normes, tantôt sur le type de démarche opérée par l'administration en exécutant la volonté du législateur<sup>19</sup>. Nous relèverons qu'à nos yeux et d'un point de vue pratique, la distinction entre pouvoir discrétionnaire et liberté d'appréciation apparaît pour le moins discutable. Il est purement artificiel de limiter la liberté de l'administration au cas où le législateur n'a pas prédéterminé les conséquences juridiques d'un état de fait. Il se peut parfaitement qu'une part d'autonomie soit conférée à l'appareil étatique dans la définition des conditions de son intervention. Par ailleurs, l'on rappellera que cette distinction dans la latitude de jugement qui est réservée à l'administration a une origine essentiellement doctrinale et ne se reflète pas de manière évidente dans le texte de l'article 104 de la loi fédérale d'organisation judiciaire qui à la lettre a) indique que le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. La lecture du message du Conseil fédéral à l'appui de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 24 septembre 1965<sup>20</sup> est parfaitement clair sur ce point. Le Conseil fédéral a ainsi tenu à souligner:

« Lorsque les conditions, auxquelles est subordonnée une décision, sont indéterminées pour l'essentiel, les autorités administratives ne trouvent dans la règle de droit applicable pas plus de directives concrètes que lorsque la décision est laissée à leur appréciation ».

Dans la logique de cette perspective, les auteurs du projet de loi avaient fait un pas plus loin en proposant d'exclure purement et simplement du champ des matières sujettes à recours de droit administratif les « décisions relevant d'après le droit fédéral du pouvoir d'appréciation ou dépendant principalement de conditions indéterminées ou techniques » (article 100, lettre i) du pro-

<sup>19</sup> Voir l'étude des diverses théories faites par TETTINGER, op. cit., p. 97 à 103, aussi Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 220 et ss.

<sup>20</sup> FF 1965 II, p. 1301 et ss, notamment p. 1352 et 1353.

jet). Cette clause d'exclusion n'a pas trouvé gré devant le Parlement qui s'est borné à limiter le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'excès et à l'abus lorsque l'on est en présence de «pouvoir d'appréciation». C'est dès lors à juste titre, nous semble-t-il, que GRISEL dans son traité<sup>21</sup> a présenté la liberté d'appréciation comme étant un seul et unique concept recouvrant à la fois la liberté d'appréciation réservée par la loi (pouvoir discrétionnaire selon la terminologie classique) et la liberté d'appréciation reconnue par le juge (interprétation des notions juridiques indéterminées).

#### *2.4. Distinction entre les conditions et le contenu de l'intervention de l'Etat dans l'économie*

La lecture de la jurisprudence relative au droit administratif économique confirme le fait que pratiquement les juridictions administratives font preuve de la même retenue dans l'examen de décisions de l'administration fondées sur le pouvoir discrétionnaire que sur les notions imprécises.

Comme l'a relevé SALADIN<sup>22</sup>, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue dans l'examen lorsqu'il est confronté à l'application de notions dont le contenu ne peut pas être déterminé par des règles générales qui sont de nature à produire un résultat logique et certain dans l'interprétation et qui exigent une connaissance de la situation de fait. Pratiquement, cela implique que les juridictions administratives limitent leur contrôle dans le domaine de la politique économique et commerciale. Le Tribunal fédéral lorsqu'il s'agit de déterminer les intérêts généraux de l'industrie horlogère<sup>23</sup> ou la politique traditionnelle en matière d'exportation<sup>24</sup> ne s'écarte pas de la manière de voir de l'administration sauf en cas d'erreur manifeste. Il en fait de même, comme l'a noté MOOR, s'agissant de la nécessité d'introduire un contingentement des

<sup>21</sup> Droit administratif suisse, p. 168.

<sup>22</sup> Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes p. 192 et ss. Dans un arrêt récent du 23 avril 1980 (ATF 106 I b 118), le Tribunal fédéral a déclaré à propos de la notion de «besoin» qu'il était théoriquement et pratiquement difficile de fixer la limite entre le droit et l'appréciation. Cela étant, le Tribunal fédéral a tenu à préciser que cela n'avait pas une importance pratique considérable car s'il revoit les questions d'appréciation qu'en cas d'excès ou d'abus de pouvoir, il reconnaît aussi à l'administration une marge de décision pour l'application de notions juridiques imprécises de nature technique ou dépendant de circonstances locales.

<sup>23</sup> ATF 79 I 383.

<sup>24</sup> ATF 91 I 75.

importations ou de le supprimer<sup>25</sup>. Les mêmes constatations peuvent être faites à la lecture de la jurisprudence concernant aussi bien l'octroi d'une autorisation de transférer d'un lieu à un autre les appareils d'une distillerie professionnelle<sup>26</sup> que la classification d'une entreprise du commerce de beurre en gros<sup>27</sup> ou encore les sanctions et mesures à adopter à l'égard d'une banque dans le cadre de la surveillance exercée dans l'application de la loi fédérale sur les banques<sup>28</sup>.

L'examen détaillé de la jurisprudence permet néanmoins de dégager certaines constantes dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Tout en faisant preuve d'une prudence toute particulière lorsqu'il est chargé de revoir des décisions impliquant des problèmes économiques, le juge module de manière différente son contrôle, s'agissant d'une part du cadre général de l'intervention étatique et d'autre part de contenu même de cette intervention. Le Tribunal fédéral fait en effet, preuve de moins de retenue lorsqu'il s'agit de revoir les conditions générales auxquelles la loi soumet l'intervention de l'administration dans un cas déterminé. En revanche, son contrôle est extrêmement limité lorsque, ayant admis que l'administration pouvait légitimement agir dans le cas d'espèce, il se penche sur l'objet même de la mesure étatique. La lecture de quelques jurisprudences illustre parfaitement cette dualité. Ainsi par exemple dans un arrêt X contre Département fédéral de l'économie publique du 19 mai 1978<sup>29</sup>, le Tribunal fédéral a eu à se pencher sur l'application faite par l'administration de l'ordonnance sur le prélèvement d'un droit de douane supplémentaire sur les importations de vin rouge en bouteilles du 4 octobre 1976. Plus particulièrement, il a dû revoir la détermination de la quantité exonérée du supplément de droit de douane en lien avec la définition de la réserve globale pour «cas de rigueur» elle-même exonérée. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a tout d'abord relevé que l'ordonnance en cause ne définit pas le montant de la réserve, ni la notion de cas de rigueur permettant l'exonération du droit de douane. Il a dès lors rappelé qu'il appartient à l'administration de définir dans chaque cas ce qu'il faut retenir comme la meilleure interprétation. Le Tribunal fédéral a déclaré qu'il ne revoyait l'application de la notion qu'avec une

<sup>25</sup> ATF 104 Ib 114; 101 Ib 89; 100 Ib 429; 99 Ia 583; références citées par MOOR, *Le juge administratif et l'application de la loi*, p. 675, note 26.

<sup>26</sup> ATF 100 Ib 176.

<sup>27</sup> ATF 101 Ib 87.

<sup>28</sup> ATF 104 Ib 108; 103 Ib 350.

<sup>29</sup> ATF 104 Ib 108.

certaine retenue en reconnaissant un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité dès lors que sont en cause des questions techniques qui doivent être décidées à la lumière du principe de l'opportunité. Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé plus loin que la question de savoir de quelle façon il faut faire face à un cas de rigueur relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration, la juridiction administrative n'intervenant qu'en cas d'abus ou d'excès, soit lorsque l'administration se laisse conduire par des considérations insoutenables ou viole les principes d'égalité et de proportionnalité. Les mêmes principes se retrouvent dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la loi fédérale sur les banques. Ainsi dans un arrêt du 21 septembre 1979, le Tribunal fédéral, ayant à traiter une affaire d'établissement et de publication des comptes annuels, a opéré la distinction suivante<sup>30</sup>:

a) La question de savoir si les conditions de l'intervention de la Commission fédérale des banques contre une banque sont remplies, laisse un large pouvoir d'appréciation à l'autorité. De par sa composition la Commission est mieux placée que le Tribunal fédéral pour déterminer quels agissements sont de nature à mettre en danger les intérêts des créanciers de la banque.

b) Savoir quelle doit être la mesure prise par la Commission fédérale des banques, si les conditions d'intervention sont réunies, relève entièrement du pouvoir d'appréciation de l'autorité. Les considérants du Tribunal fédéral laissent apparaître que le pouvoir d'appréciation de la Commission est ici encore plus grand, la juridiction administrative faisant quasiment «entière confiance» à l'organe spécialisé de l'administration.

L'on peut donc en résumé considérer que s'agissant des conditions générales et du cadre de l'intervention de l'administration dans l'économie, le Tribunal fédéral, lorsque la loi fait preuve d'imprécision, ne se livre pas à une interprétation autonome, mais bien plutôt délimite le cadre à l'intérieur duquel peut se mouvoir l'administration. Pour ce qui a trait en revanche au contenu de l'action étatique dans le cas considéré, le Tribunal fédéral se limite à sanctionner les jugements économiques arbitraires, c'est-à-dire pour reprendre l'expression utilisée par FROMONT<sup>31</sup>, qui apparaissent faux même à une personne qui n'est pas experte en économie.

La répartition des rôles entre administration et juridiction administrative, telle qu'elle vient d'être esquissée et telle qu'elle est

<sup>30</sup> ATF 105 Ib 406.

<sup>31</sup> Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative.

conçue par le Tribunal fédéral, est clairement exprimée, notamment dans un arrêt Denner AG du 13 juin 1975, relatif à l'application des mesures fédérales dans le domaine du crédit et du contrôle des émissions<sup>32</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal Fédéral a jugé qu'il était compétent pour décider de l'assujettissement au régime d'autorisations octroyées par la Banque nationale suisse pour les émissions publiques de papiers-valeurs, conformément à l'arrêté fédéral du 20 décembre 1972 et à l'ordonnance du 10 janvier 1973. En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que la question de savoir si une émission publique devait ou non être autorisée, est une affaire de spécialistes. Dans cette perspective, la Haute Cour a jugé que la disposition de l'arrêté fédéral qui conférait cette tâche à une commission composée de spécialistes de l'économie qui statuent sans contrôle juridictionnel, était parfaitement légitime.

A l'instar de TRUCHET<sup>33</sup>, l'on constatera à la lumière des développements qui précèdent que l'attitude du juge rejoint celle du législateur pour «faire de l'économie l'un des secteurs du droit public où l'administration dispose de la compétence la plus étendue et la liberté la plus grande». Cela étant, l'on relèvera que l'optique du Tribunal fédéral qui distingue le contrôle du contenu de l'intervention de l'Etat dans un secteur déterminé de l'économie par opposition aux conditions et au cadre de cette même intervention, est lourde de conséquences pratiques. En effet, l'on peut affirmer sans craindre de se tromper que l'essentiel des discussions et des litiges qui surviennent entre l'administration et les entrepreneurs privés concernent la mesure même de l'intervention étatique, mesure qui n'est revue qu'avec la plus extrême réserve par la juridiction administrative. Ainsi, par exemple en matière de contingentements et de permis d'importation ou d'exportation, ce qui est déterminant pour le commerçant c'est moins la question de savoir s'il est ou non soumis au régime restrictif que celle du quota qui lui sera alloué. En faisant preuve de retenue, le Tribunal fédéral restreint considérablement la portée pratique de son contrôle.

### *3. Privatisation de l'interventionnisme économique*

#### *3.1. Généralités*

Les auteurs s'accordent pour souligner que l'économie est le domaine où la frontière entre le droit public et le droit privé est la

<sup>32</sup> ATF 101 Ib 336.

<sup>33</sup> Réflexions sur le droit économique public.

plus incertaine et la plus mouvante et où leur interpénétration est la plus accusée. Ainsi que l'a noté TRUCHET, l'interventionnisme étatique y est pour beaucoup: d'une part, il utilise largement des procédés de droit privé, difficile à rattacher précisément à l'un des deux systèmes juridiques; d'autre part, il a pour conséquence une présence quasi générale de la puissance publique dans les rapports économiques des personnes privées<sup>1</sup>. MOOR a aussi relevé que l'opposition entre droit public et droit privé tend à disparaître, notamment dans le droit des interventions économiques de l'Etat, il se crée selon cet auteur une sorte de tiers monde, fruit de l'interpénétration du droit public et du droit privé dont l'importance va grandissante<sup>2</sup>, et à laquelle MÜLLER a consacré une intéressante étude<sup>3</sup>.

### *3.2. Marchés publics*

Le premier secteur classique où l'Etat intervient dans l'économie sous des formes généralement qualifiées de droit privé est celui des marchés publics. Ces marchés comprennent aussi bien l'adjudication de travaux et ouvrages publics que la fourniture de biens et de services nécessaires au fonctionnement de l'administration. L'impact économique de ce secteur est loin d'être négligeable en Suisse. Dans son ouvrage consacré à la question, NICOLAS MICHEL<sup>4</sup> indique que, par exemple en 1976, l'ensemble des marchés publics pouvait être estimé à plus de 16,16 milliards de francs suisses. Ce chiffre représentait 11,3% du produit national brut. Dans le secteur des travaux, les constructions publiques pour la même année atteignaient 47% du total des constructions. Dans le domaine du génie civil, la proportion des travaux publics était encore plus importante puisqu'elle représentait 91,9%. L'on rappellera que les marchés publics en raison même de leur importance sont utilisés par les autorités en tant qu'instrument de politique économique. La ventilation des investissements pour des travaux publics est, notamment, utilisée comme instrument de politique conjoncturelle en vue d'assurer le plein emploi<sup>5</sup>. A ce propos, il convient de noter que la loi fédérale sur les mesures préparatoires en vue de combattre les crises et de procurer du travail, du 30 septembre 1954<sup>6</sup>, donne mission à la Confédéra-

<sup>1</sup> Réflexions sur le droit économique public, p. 1013.

<sup>2</sup> Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, p. 145 et ss.

<sup>3</sup> Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, p. 26 et ss.

<sup>4</sup> La conclusion des marchés publics, Genève 1979, p. 2 et ss.

<sup>5</sup> Voir SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 323.

<sup>6</sup> RS 823.31.

tion conjointement avec les cantons d'adapter le plus possible au marché du travail l'adjudication et l'exécution de travaux et commandes des administrations et entreprises publiques (article 2 de la loi).

### *3.3. Entreprises publiques*

Le second cas classique d'intervention de l'Etat dans la vie économique sous des formes de droit privé est constitué par l'activité des entreprises publiques assumant des services publics industriels ou commerciaux. Il s'agit non seulement des entreprises qui organiquement relèvent du droit public (établissements publics), mais également des entreprises organisées selon le droit privé à la gestion desquelles sont associées des collectivités publiques et qui bénéficient tantôt d'un monopole de droit ou sont, dans d'autres cas, exposées à la concurrence d'autres agents économiques<sup>7</sup>. Des entreprises publiques exercent leur activité dans le secteur de la production et de la distribution d'énergie (Société d'Energie d'Ouest Suisse [EOS], Nordostschweizerische Kraftwerke [NOK], Bernische Kraftwerke), dans le secteur des transports, il s'agit notamment des Chemins de fer fédéraux et de Swissair, société d'économie mixte spéciale<sup>8</sup>, qui assure un service public dans le domaine du transport aérien. En dernier lieu, au niveau purement cantonal, dans le secteur des services, il sied de relever l'existence des multiples banques cantonales qui entrent en concurrence avec le secteur bancaire privé.

Traditionnellement, sous l'influence du droit administratif français<sup>9</sup>, l'on a considéré que les rapports entre les entreprises publiques à caractère commercial et industriel et les particuliers étaient régis par le droit privé. La jurisprudence a jugé que les activités commerciales de l'Etat ne peuvent être régies que par le droit privé, dès l'instant où l'entreprise publique n'a pas le monopole, mais entre en concurrence avec des tiers<sup>10</sup>. Dès lors les rapports entre une banque d'Etat et ses clients sont, par principe, soumis au droit privé et les litiges relèvent de la compétence du juge ordinaire ainsi que l'a clairement relevé GRISEL dans son traité<sup>11</sup>. Comme concurrents d'entreprises de transport privé, les Chemins de fer fédéraux établissent des rapports de droit privé avec leurs clients, ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de

<sup>7</sup> SCHÜRMANN, op. cit., p. 180 et ss.

<sup>8</sup> Voir MÜLLER, op. cit., p. 176.

<sup>9</sup> Voir notamment LAUBADÈRE, Droit public économique, p. 468 et ss.

<sup>10</sup> ATF 72 I 16 et KNAPP, Précis de droit administratif, p. 13.

<sup>11</sup> Droit administratif suisse, p. 119.

le rappeler dans un arrêt Schmidt du 15 octobre 1976<sup>12</sup>. S'agissant d'autres entreprises publiques, la jurisprudence a relevé qu'en dépit de la structure de droit public des entreprises, il ne saurait y avoir une présomption en faveur du droit public, pour ce qui a trait au rapport d'usage. Dans chaque cas, le juge procède à une analyse des circonstances d'espèce en examinant, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt Landschaft und Gemeinde Davos du 5 Juillet 1979<sup>13</sup>, si les droits et devoirs des usagers sont définis par un acte unilatéral à caractère réglementaire ou au contraire s'il y a place pour un rapport contractuel.

*3.4. Droit privé en tant qu'instrument de politique économique*  
Les développements qui précèdent ont permis de rappeler l'existence de deux domaines classiques où l'Etat et les diverses collectivités publiques qui lui sont rattachées, sont présents dans l'économie sans toutefois que cette présence résulte d'une volonté proprement interventionniste. Le problème, comme l'a relevé MOOR<sup>14</sup>, apparaît là où les instruments de droit privé entrent dans une politique étatique déterminée, soit là où le droit privé devient un instrument de droit public et plus particulièrement un instrument de politique économique.

#### 3.4.1. Politique d'incitation économique

Le premier cas qui se présente est celui des instruments utilisés par l'administration dans le cadre d'une politique de subventionnement. Certes, le Tribunal fédéral, dans son arrêt Rezzonico du 7 novembre 1979<sup>15</sup>, a tenu à préciser qu'une convention qui met en jeu l'intérêt public parce qu'elle a pour objet une tâche d'administration publique ou une dépendance du domaine public relève du droit administratif. Un accord de subventionnement relatif à la construction de logements a ainsi été jugé comme une convention visant l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public soumise au droit public. Le Tribunal fédéral a pour le surplus relevé que de manière générale, les subventions sont des prestations qui de par leur nature, relèvent du droit public qu'elles soient allouées par acte administratif ou par contrat. Cette jurisprudence ne saurait toutefois faire oublier le fait qu'en droit positif fédéral, il existe de nombreux cas où l'octroi de crédits ou

<sup>12</sup> ATF 102 Ib 314 et ss, voir aussi ATF 47 I 429; 60 II 426.

<sup>13</sup> ATF 105 II 234 et ss.

<sup>14</sup> Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, p. 153 et 154.

<sup>15</sup> ATF 105 Ia 392.

de garanties en vue de favoriser telle ou telle activité économique revêt la forme d'actes de droit privé. L'on citera ainsi par exemple le cas de la loi fédérale sur le crédit d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes<sup>16</sup>. L'article 41 de cette loi prévoit ainsi expressément que les contrats de prêt et de cautionnement que concluent les services cantonaux compétents en faveur des agriculteurs mis au bénéfice de l'aide, sont régis par les dispositions du code des obligations. L'article 48 de la loi prévoit d'ailleurs que les litiges découlant des contrats de prêt, de cautionnement et de gage relèvent de la compétence de la juridiction civile<sup>17</sup>. L'incertitude qui se manifeste quant à la nature véritablement privée de ces transactions est illustrée par le fait que dans une législation parallèle, soit la loi fédérale sur l'aide en matière d'investissement dans les régions de montagne du 28 juin 1974<sup>18</sup>, il est expressément prévu que les rapports juridiques qui découlent de prêts, de cautionnements et de promesses de garanties entre la Confédération et le bénéficiaire sont réglés par des contrats de droit public (article 20).

### 3.4.2. Régulation des marchés agricoles

L'utilisation d'instruments de droit privé à des fins de politique économique se manifeste lorsque l'administration passe des contrats avec des agents économiques en vue d'influencer leur comportement sur le marché<sup>19</sup>. L'on retrouve de tels procédés dans le domaine de la législation agricole lorsque la Confédération, par l'intermédiaire d'institutions spécialisées, procède à des achats et des reventes de produits en vue d'obtenir la régularisation du marché. Tel est le cas par exemple en matière d'importation de denrées fourragères. Conformément à l'article 19 de l'ordonnance relative à des dispositions de caractère économique de la loi sur l'agriculture<sup>20</sup>, la Confédération, par l'intermédiaire de la Société coopérative suisse des céréales, achète des marchandises aux importateurs et les revend dans le pays.

### 3.4.3. Politique monétaire

Un autre exemple est constitué par les opérations que la Banque nationale suisse effectue en conformité à l'article 14 de la loi

<sup>16</sup> RS 914.1.

<sup>17</sup> Voir l'analyse de MÜLLER, *Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts*, p. 92 et ss.

<sup>18</sup> RS 901.1.

<sup>19</sup> Voir MÜLLER, op. cit. supra p. 108.

<sup>20</sup> RS 916.01.

fédérale sur la Banque nationale<sup>21</sup>. Comme l'a souligné très clairement le Conseil fédéral dans son message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale du 27 février 1978<sup>22</sup>, la politique d'escompte et de nantissemement, ainsi que la politique d'intervention par l'achat et la vente par la Banque nationale de titres, constituent des moyens classiques pour l'institut d'émission d'exercer la politique monétaire, qui selon les termes de l'article 2 de la loi doit servir les intérêts généraux du pays. Il en va de même, comme l'a montré MERZ dans son étude, s'agissant des opérations sur devises ou des opérations et interventions sur le marché de l'or<sup>23</sup>. Les interventions de nature «commerciale» complètent les mesures d'autorité que la Banque nationale est autorisée à adopter dans le cadre de la loi (réserves minimum, contrôle des émissions notamment).

La privatisation des moyens d'intervention de l'Etat dans ce domaine est également illustrée par la politique contractuelle que la Banque nationale a menée avec l'Association suisse des banquiers en matière monétaire et conjoncturelle et dont les origines ont notamment été analysées par PERRIN dans son rapport à la Société suisse des juristes<sup>24</sup> ainsi que par MERZ<sup>25</sup>. Durant la période s'étendant de 1969 à 1971, les conventions conclues entre l'institut d'émission et les banques ont directement servi d'instrument de politique monétaire; tel est en particulier le cas de la convention entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1969 concernant les avoirs minimaux et l'expansion du crédit. La convention du 15 juin 1976 concernant les mesures monétaires, relève également du domaine de la politique de la monnaie, dès lors qu'elle vise à contrecarrer les transactions à caractère nettement spéculatif qui exercent une influence négative sur le franc suisse. Par le biais de cette convention, les banques ont renoncé à effectuer depuis la Suisse des dépôts en euro-francs suisses ou des placements directs en francs suisses pour le compte et au nom de leurs succursales et filiales à l'étranger. D'autres conventions ont été signées depuis cette date; selon la classification suggérée par SCHÜRMANN<sup>26</sup>, ces accords visent les uns à assurer un soutien à

<sup>21</sup> RS 951.11.

<sup>22</sup> FF 1978 I, p. 757 et ss notamment 761 et 791, voir également: SCHÜRMANN, Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, p. 42 et ss.

<sup>23</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 176 et ss.

<sup>24</sup> Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, RDS 1976 II, p. 485 et ss notamment 535 et ss.

<sup>25</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 45 et ss.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 44 et 45.

l'économie, en particulier à l'économie d'exportation et les autres à réglementer l'activité bancaire proprement dite. Sont visées ici d'une part la convention instituant une garantie flexible des cours de change pour les paiements à l'industrie suisse d'exportation du 8 novembre 1978 abrogée le 1<sup>er</sup> décembre 1981, ainsi que la convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1977.

La nature juridique de ces accords a fait l'objet de controverses multiples dans la doctrine et est étudiée en détail notamment par MERZ<sup>27</sup>. Dans son commentaire, SCHÜRMANN<sup>28</sup> écrit que les attributions conférées par l'article 14 de la loi à l'institut d'émission ne sauraient priver celui-ci de conclure des accords de droit privé qui s'inscrivent dans le cadre des tâches qui lui sont confiées. Pour le surplus, cet auteur considère qu'il y a lieu d'opérer des distinctions suivant les types de conventions passées par la Banque nationale soit selon qu'elles sont conclues avec les banques ou avec d'autres parties ainsi que selon leur contenu répondant à un intérêt public ou au contraire des intérêts purement privés. PERRIN dans son rapport<sup>29</sup>, insistant sur l'existence d'un engagement librement consenti par les banques, est d'avis que les conventions, y compris celles passées en matière monétaire et conjoncturelle, relèvent des techniques normatives conventionnelles du droit privé. Cet avis n'est pas partagé par le Conseil fédéral qui, dans son message du 10 janvier 1973<sup>30</sup> concernant la révision des articles 31<sup>quinquies</sup> et 32, premier alinéa de la Constitution fédérale, a clairement considéré qu'étant donné l'objet même des problèmes à résoudre, les accords entre la banque d'émission et les banques commerciales relatives à la politique monétaire et du crédit ne sont pas d'essence privée. KNAPP, dans un article consacré à la collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général<sup>31</sup>, a considéré les «gentlemen's agreements» de la Banque nationale comme des contrats extra-légaux qui ne reposent sur aucune base légale et n'impliquent pas une compétence de l'Etat en la matière. Simplement par convention, l'Etat et les particuliers conviennent que ceux-ci auront, agissant pour leur compte et en leur nom, une attitude

<sup>27</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 243 et ss.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 44.

<sup>29</sup> Op. cit., p. 542.

<sup>30</sup> FF 1973 I, p. 176 et 177 et FF 1975, p. 425, passages cités par PERRIN, op. cit., p. 541.

<sup>31</sup> In: Mélanges Zwahlen, p. 363 et ss.

définie d'un commun accord comme étant d'intérêt public. Cela étant, de l'avis de KNAPP, de tels contrats sont de droit public en raison de leur but et de la subordination des particuliers à l'Etat qui ne fournit aucune prestation ; seuls les particuliers sont tenus à des devoirs qui affectent aussi des tiers. Après une analyse approfondie, MERZ aboutit à une conclusion similaire à propos des conventions du 1<sup>er</sup> septembre 1969 et du 20 août 1971 qui instituent des mesures de politique monétaire qui, aujourd'hui relèvent de la compétence de l'institut d'émission<sup>32</sup>. L'incertitude relative au caractère privé ou public des accords subsiste s'agissant de la convention relative à l'obligation de diligence des banques du 1<sup>er</sup> juillet 1977. Dans un article publié en 1978, SCHMID a qualifié cette convention de pur contrat de nature obligationnelle de droit privé<sup>33</sup>. NOBEL, dans son ouvrage<sup>34</sup>, relève qu'à ses yeux la nature juridique de la convention est incertaine. Pour SCHÜRMANN, la convention est d'intérêt public dès lors qu'elle vise à assurer la protection de la renommée de la Suisse en tant que place financière<sup>35</sup>. Cet élément ajouté aux clauses exorbitantes du droit commun permet à MERZ de pencher en faveur d'une qualification contractuelle de droit public<sup>36</sup>. En l'état, il ne nous appartient pas de trancher cette controverse. Dans la perspective qui est la nôtre, nous soulignerons cependant que la privatisation se traduit au plan contentieux par le fait que la convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire a institué pour trancher les litiges une commission arbitrale formée de deux représentants de la Banque nationale et de deux représentants de l'Association suisse des banquiers et présidée par un juge fédéral (article 14).

### *3.5. Délégation à des organismes privés*

La privatisation du droit économique se manifeste également comme l'a relevé VENEZIA par une tendance de plus en plus marquée de l'Etat à déléguer à des organismes privés l'exécution de ses interventions<sup>37</sup>. Cette caractéristique s'inscrit dans le cadre de ce que FORSTHOFF<sup>38</sup> qualifie d'administration indirecte. Le

<sup>32</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 244 et ss notamment 247.

<sup>33</sup> Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, SJZ 1978, p. 119 et ss.

<sup>34</sup> Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, p. 62 et ss.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>36</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 256 a, 261.

<sup>37</sup> Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p. 149 ; voir également DELMAS MARSAL, Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat, p. 135.

<sup>38</sup> Traité de droit administratif allemand, p. 679.

processus de décentralisation administrative se décompose en diverses étapes. La première, la plus classique, consiste en attribution de tâches publiques à des entités de droit public autonome. En second lieu, l'attribution de compétence peut concerner des personnes morales dites «d'économie mixte» dans lesquelles participent à la fois la collectivité et le secteur privé. Enfin, la privatisation de l'intervention publique peut être poussée encore plus loin, en délégant à des organismes purement privés des tâches d'intérêt général. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt Département fédéral des finances du 25 octobre 1979<sup>39</sup>, les organismes privés chargés de tâches publiques agissent en première ligne en fonction de leur intérêt privé mais qui assument également des tâches publiques et dont les décisions peuvent faire normalement l'objet d'un recours auprès d'un département fédéral. MÜLLER dans son étude a analysé les divers exemples d'administration indirecte dans le cadre de l'interventionnisme économique<sup>40</sup>. Parmi les corporations d'économie mixte, cet auteur cite notamment dans le secteur horloger l'ASUAG, dans le secteur de la production agricole, l'Union suisse de commerce de fromage S.A. / Convention fromagère suisse, la Coopérative suisse pour l'approvisionnement en bétail de boucherie en viande ainsi que la Centrale suisse du ravitaillement en beurre et la Société coopérative suisse des céréales et matières fourragères (ces deux entités étaient autrefois des corporations de droit privé et revêtent aujourd'hui la forme de sociétés coopératives de droit public)<sup>41</sup>.

S'agissant de personnes purement privées chargées de tâches publiques, les exemples de collaboration concernent aussi bien la défense nationale économique (voir notamment Carbura, l'Office fiduciaire des importateurs suisses de denrées alimentaires, l'Association suisse des importateurs d'huile de graissage) que le secteur de l'économie laitière (l'Union centrale des producteurs suisses de lait). Comme l'a relevé KNAPP<sup>42</sup>, les particuliers participent à des activités d'intérêt public même hors des domaines visés par les articles constitutionnels qui actuellement mentionnent la collaboration de groupements privés à l'accomplissement

<sup>39</sup> ATF 105 Ib 348.

<sup>40</sup> Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, p. 180 et ss.

<sup>41</sup> Voir RS 916.357.1 et RS 916.112.218.

<sup>42</sup> La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, p. 366 et 367. Voir toutefois JAA 35, (1970–1971), no 27 / 38 (1974) no 1.

de tâches fédérales (articles 31<sup>quinquies</sup>, 32, 34<sup>bis</sup>, 34<sup>ter</sup>, 34<sup>quater</sup> et 34<sup>quinquies</sup>).

L'activité des entités privées dans l'interventionnisme économique concerne à la fois le domaine réglementaire et le domaine administratif.

De multiples règlements et instructions émanant d'organismes paraétatiques sont publiés dans le Recueil officiel des lois et au Recueil systématique<sup>43</sup>. Les règles édictées par les privés se caractérisent et se distinguent des ordonnances émanant de l'administration publique par le fait qu'il s'agit dans la plupart des cas d'une sorte de «droit négocié» qui utilise des techniques contractuelles. Deux exemples de réglementations publiés au Recueil systématique illustrent cet aspect. Le règlement suisse de livraison du lait édicté par la commission suisse du lait<sup>44</sup> prévoit dans son préambule qu'il a été élaboré «après entente avec l'Union centrale des producteurs suisses de lait et l'Union suisse des acheteurs de lait». Le règlement suisse de livraisons de la crème de lait centrifugée édicté par la même Union centrale<sup>45</sup> contient un préambule qui indique notamment ce qui suit:

«Vu l'autorisation de son assemblée des délégués du 6 novembre 1973 après entente avec l'Union suisse des acheteurs de lait».

Parfois des normes privées font l'objet d'un simple renvoi dans un acte législatif<sup>46</sup>. La jurisprudence a toutefois précisé, que des renvois à des recueils de règles non officielles leur donnant force obligatoire générale ne pouvaient pas être décidés par le Conseil fédéral en l'absence d'une base constitutionnelle ou légale correspondante<sup>47</sup>.

Dans un arrêt du 23 septembre 1981 le Tribunal fédéral ayant à traiter de directives de la CARBURA en matière de protection des eaux, a laissé ouverte la question de savoir si celles-ci constituaient de véritables règles de droit ou devaient être assimilées à de simples règles de l'art<sup>47bis</sup>.

Dans le domaine de l'activité administrative, la collaboration des particuliers vise tous les types d'activité. Ainsi, les organes privés de révision collaborent à la surveillance des banques, les

<sup>43</sup> ROLF 1981 I, p.151, RS 916.356.114, RS 916.356.115, RS 916.356.14.

<sup>44</sup> RS 916.351.3.

<sup>45</sup> RS 916.351.31.

<sup>46</sup> Voir les exemples cités par KNAPP, La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, note 18, p.368.

<sup>47</sup> Voir JAA 44 (1980) no 28; JAA 35 (1970–1971) no 110.

<sup>47bis</sup> ATF 107 Ib 125 ss.

chambres de commerce délivrent des certificats d'origine, la Coopérative suisse de cautionnement pour les arts et métiers contribue au développement des régions de montagne. Les organismes privés participent par des achats et des placements à la régularisation du marché dans le cadre de l'ordonnance sur la vente du bétail; les coopératives laitières répartissent entre leurs membres les contingents laitiers attribués par l'autorité. Dans le cadre de l'économie sucrière, les sucreries répartissent la production de betteraves après entente avec les organisations de planteurs. La production et l'importation des plants de pommes de terre sont réglés par la Fédération suisse des sélectionneurs qui organise la culture et répartit la surface fixée entre les syndicats qui lui sont affiliés et ses membres individuels.

La collaboration avec des privés en vue de la mise en œuvre de la politique économique peut également donner lieu à la création d'organismes privés auxquels participe l'administration sur une base paritaire. Tel est le cas, par exemple, dans le cadre de la législation sur le blé de la caisse commune instituée par l'article 9 de l'ordonnance d'exécution V sur l'approvisionnement en blé<sup>48</sup>. Cette caisse commune est créée par des contributions des meuniers de commerce, des négociants en blé et de l'administration.

*3.6. Conséquences au plan contentieux de la privatisation de l'intervention étatique et de la délégation à des organismes privés*

Les développements qui précèdent ont permis de mettre en évidence le développement d'un droit administratif économique privé dont BADURA souligne<sup>49</sup> qu'il se caractérise par l'utilisation du droit privé pour la réalisation de buts d'intérêt public en l'occurrence de politique économique et non pas en tant que fruit de l'autonomie privée comme le ferait un particulier.

Jusqu'ici la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière est extrêmement rare. Dans un arrêt Delarze du 28 avril 1965<sup>50</sup>, la juridiction suprême de notre pays a abordé sans trancher définitivement la question des conséquences contentieuses de ce phénomène. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à se pencher sur un monopole d'importation du canton en matière de bois de vigne américaine. Il a ainsi examiné la question de savoir si l'autorité cantonale était libre de s'approvisionner à son gré. Le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit:

<sup>48</sup> RS 1916.111.121.

<sup>49</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 305 et 306.

<sup>50</sup> ATF 91 I 182.

«Le monopole d'importation par le canton de Vaud étant reconnu fondé, il reste à examiner si l'autorité compétente est libre de conclure à son gré des contrats d'approvisionnement avec des fournisseurs étrangers, comme le ferait un simple particulier, ou si elle est tenue de se conformer à des règles limitant sa liberté d'agir. La question est controversée. Le Tribunal fédéral a jugé, par exemple, que la collectivité publique qui adjuge des travaux à un entrepreneur et les refuse à un autre soumissionnaire n'accomplit pas un acte d'autorité susceptible d'être attaqué par la voie de recours de droit public (RO 60 I 369, 89 I 278). Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine (BURCKHARDT, RJB 71 [1935] page 644; MARTI, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, RDS 1962 page 43a). Assurément, on pourrait se demander si l'extension de l'activité économique de l'Etat ne commande pas un élargissement de la protection juridictionnelle assurée aux particuliers par le recours de droit public fondé sur une violation des droits constitutionnels, notamment de l'article 4 Cst».

### 3.6.1. Impossibilité de saisir la juridiction administrative?

La privatisation de l'interventionnisme économique a, tout d'abord pour conséquence directe la disparition, au moins partielle, du concept d'acte étatique sujet à recours. L'exemple le plus classique est constitué par le contentieux des adjudications de travaux publics. La jurisprudence fédérale a jusqu'ici de manière constante affirmé le caractère purement privé du contrat qui résulte de l'adjudication de travaux publics. Dans un arrêt rendu le 7 mai 1980<sup>51</sup>, le Tribunal fédéral statuant sur recours de droit public a expressément confirmé que la décision prise par une collectivité publique d'adjuger des travaux publics à un concurrent, ne constitue pas un acte de puissance publique pouvant être attaqué par la voie du recours de droit public. L'adjudication, selon le Tribunal fédéral, n'a pas pour effet de régler de manière unilatérale et impérative le rapport juridique existant entre le particulier et l'Etat; elle se borne à habiliter la collectivité publique, à conclure un contrat avec l'adjudicataire. L'on remarquera que cette thèse a été confirmée également dans le cadre du recours de droit administratif dans un arrêt GS S.A. du 5 décembre 1980, s'agissant d'adjudication en matière de constructions de routes nationales<sup>52</sup>. Les deux arrêts qui viennent d'être cités sont précédés par toute une série de décisions antérieures parmi lesquelles l'on notera l'arrêt Castelli du 1<sup>er</sup> mars 1978<sup>53</sup> et l'arrêt fabrique d'ascenseurs et de moteurs électriques Schindler du 14 juillet 1977<sup>54</sup>. Dans cette dernière sentence, le Tribunal fédéral a expressément jugé que les réglementations

<sup>51</sup> ATF 106 Ia 323 et ss.

<sup>52</sup> Rivista di diritto amministrativo ticinese 1981, p. 162 et ss.

<sup>53</sup> ATF 104 Ia 148.

<sup>54</sup> ATF 103 Ib 157.

relatives aux soumissions ne contenaient que des conditions générales destinées à permettre la conclusion de contrat de droit privé et qu'elles ne doivent en conséquence pas être assimilées à des normes de droit public ayant un effet obligatoire général. Pour le surplus, le Tribunal fédéral a rappelé que si un entrepreneur veut faire valoir des droits à l'égard de la collectivité publique, il doit porter le litige devant le juge civil et non devant le juge administratif. L'on relèvera que la position du Tribunal fédéral qui vient d'être rappelé coïncide avec celle de l'administration fédérale. Ainsi dans un avis de droit du 14 juin 1972, la division de la justice a estimé qu'en matière d'adjudications, l'administration n'est pas liée par la liberté de commerce et d'industrie, dans la mesure où elle n'agit pas en tant qu'autorité souveraine<sup>55</sup>.

Le second exemple est constitué par l'activité déployée par la Banque nationale dans le cadre de la politique monétaire classique (escompte, crédit lombard, opérations sur devises et open market) qui a été évoquée en détail ci-dessus. Les auteurs aussi bien en France qu'en Allemagne se sont interrogés sur la nature juridique véritable des opérations menées par la Banque de France ou la Bundesbank<sup>56</sup>. Nous avons déjà remarqué que dans notre pays la politique monétaire classique exercée par la Banque nationale est considérée comme une activité de pur droit privé dont le contentieux ne peut être soumis qu'aux juges ordinaires. Comme l'a relevé SCHÜRMANN dans son commentaire<sup>57</sup>, le contentieux administratif est limité à teneur des articles 68 et 69 de la loi sur la Banque nationale, à un certain nombre de décisions d'autorité concernant les réserves minimums, le contrôle des émissions, les fonds étrangers ainsi que les devoirs d'information et de surveillance qui incombent à l'institut d'émission. L'ambiguïté de la qualification privée de ces actes se manifeste notamment s'agissant de la fixation du taux d'escompte. L'on rappellera tout d'abord que la loi sur la Banque nationale, à son article 16, alinéa 1, impose à l'institut d'émission de publier les nouveaux taux. Parallèlement, il est inutile de préciser que la fixation de ce taux constitue un moyen de régulation monétaire rentrant dans le cadre de l'exercice des tâches de droit public confiées à la Banque

<sup>55</sup> JAA 36 (1971) No 49, voir aussi les références citées par NICOLAS MICHEL, op. cit., p. 111, note 4.

<sup>56</sup> Voir notamment DELMAS MARSALET, Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, op. cit., p. 144; TETTINGER, op. cit., p. 282 et références citées.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 191.

nationale par l'article 2 de la loi. Dans ces conditions, l'on a de la peine à considérer qu'il s'agit là d'une simple communication des conditions générales comme le ferait n'importe quelle banque privée avec ses clients. C'est ainsi à juste titre que DELMAS MARSALET a exprimé les doutes les plus sérieux à propos d'une qualification purement privatiste de cette mesure :

« Le spécialiste de la politique monétaire sera ainsi étonné d'apprendre que la juridiction administrative s'est déclarée incompétente pour connaître de la décision du Conseil général de la Banque de France portant un relèvement du taux d'escompte, par le motif que cette décision se situe dans les rapports entre la banque et les particuliers « qui sont de même nature que ceux des autres banques avec leurs clients » (31 octobre 1958, Sieur Devaux Moutenot, page 516). Gageons qu'un gouverneur de la Banque de France qui aurait, de son rôle, cette conception, ne resterait pas longtemps dans ses fonctions. S'il est en effet une décision régaliennes qui se rattache à l'exécution du service public de régulation de la monnaie et du crédit, c'est bien la décision par laquelle est fixée le taux d'escompte »<sup>58</sup>.

En dernier lieu, il convient d'évoquer le cas de la convention instituant une garantie flexible des cours de change pour les paiements à l'industrie suisse d'exportation du 8 novembre 1978 conclue par la Banque nationale suisse et l'Association suisse des banquiers aujourd'hui abrogée avec effet au 1<sup>er</sup> décembre 1981. Cette convention avait pour but de permettre à l'industrie d'exportation de se couvrir mieux qu'auparavant contre les conséquences des fluctuations des cours de change. A cette fin, la Banque nationale avait mis sur pied avec la collaboration des banques un nouvel instrument de garantie des cours de change obtenus sur le marché à terme. A l'occasion d'une vente de devises à terme à une banque privée partie à la convention, un exportateur pouvait, par l'intermédiaire de ladite banque, acquérir en même temps, contre paiement d'une prime, un droit d'achat de devises émis par la Banque nationale suisse. Ce droit permettait d'éviter une perte lorsque les paiements étaient moins élevés que prévu. Juridiquement le droit d'achat de devises était émis par la Banque nationale suisse, toutefois, l'exportateur qui désirait bénéficier du système traitait avec la banque commerciale et non pas directement avec la Banque nationale suisse. Ce sont les banques commerciales, partie à la convention, qui assuraient l'exécution au plan administratif du système. Juridiquement, MERZ a souligné que cette convention s'inscrivait dans le cadre des opérations sur devises que l'institut d'émissions effectue sur une base commerciale et que dès lors elle relève d'une

<sup>58</sup> Op. cit., p. 144.

qualification plutôt privatiste<sup>59</sup>. Logiquement cela signifie que si contentieux il y a notamment avec l'importateur, celui-ci doit se dérouler devant le juge civil. L'on peut à l'opposé considérer que la convention conclue entre la Banque nationale et l'Association suisse des banquiers visait la réalisation d'une tâche d'intérêt public. Même si elle prenait la forme d'une convention, l'intervention de la Banque nationale suisse trouvait son fondement dans le droit public et plus particulièrement dans l'article 2 de la loi sur la Banque nationale qui charge l'institut d'émission de pratiquer une politique de crédit et une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays. En l'espèce, il s'agissait de servir les intérêts de l'industrie suisse d'exportation en la mettant à l'abri des fluctuations des cours de change. En d'autres termes, en concluant cette convention, la Banque nationale suisse qui déléguait des tâches aux banques commerciales, adoptait une mesure qui s'inscrit dans le but visé par la loi sur la Banque nationale suisse. Si l'on retient le critère de l'intérêt évoqué dans l'arrêt Rezzonico, l'on peut en conséquence soutenir que la relation établie entre la Banque nationale et les banques mettant directement en jeu l'intérêt public, relevait du droit administratif.

Formellement l'exécution de la convention instituant une garantie flexible des cours de change pour les paiements à l'industrie suisse d'exportation ne donnait pas lieu à la prise de décisions administratives. Le but d'intérêt public visé dans la convention se traduisait par la conclusion d'un contrat «DAD», l'exportateur signant une formule établie par la Banque nationale suisse. Cela étant, il convient de constater que la convention passée entre la Banque nationale et l'Association suisse des banquiers avait un caractère quasi normatif et qu'en tout cas et contrairement à d'autres conventions extra légales passées par la Banque nationale, elle conférait directement des droits à des tiers, à savoir les exportateurs. Il est ainsi intéressant de relever que le chapitre IV, intitulé «modalités, surveillance et sanctions» de la convention, au paragraphe 15, instituait le principe de sanctions envers l'exportateur. Or, si l'on admet un instant que l'activité de la Banque nationale et des banques commerciales consistait à exécuter une convention normative de droit administratif, l'on peut légitimement se demander si l'exportateur victime d'une discrimination opérée en violation de la convention n'aurait pas dû avoir accès à la protection juridique que lui confère le contentieux administratif.

<sup>59</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p. 277 ss.

### 3.6.2. Privatisation du contentieux entre organismes privés chargés de tâches publiques et les tiers; position de la jurisprudence

Dans la perspective de l'examen de la protection juridictionnelle des agents économiques, la privatisation de l'interventionnisme économique par délégation à des entités privées pose le problème de la nature juridique des rapports qui s'installent entre les délégataires et les tiers. Il convient de tenir présent à l'esprit que, notamment dans le domaine agricole, l'utilisation des associations par l'administration aux fins de mener à bien sa politique constitue un moyen d'imposer des mesures de régulation du marché en passant par les contraintes corporatives. En d'autres termes, l'administration traite avec les associations et corporations privées ou semi-privées qui répercutent ces mesures sur leurs membres par le biais des clauses statutaires.

Ce mécanisme est clairement décrit dans la loi fédérale sur la commercialisation du fromage du 27 juin 1969<sup>60</sup>. Cette législation confère à un organisme commun créé par l'Union centrale des producteurs suisses de lait, l'Union suisse des acheteurs de lait, l'Union suisse des exportateurs de fromage et les grossistes en fromage, le soin d'assurer l'approvisionnement et la régulation du marché. Or, l'article 10, alinéa 2 de la loi prévoit expressément que cet organisme commun qui exerce ses tâches sous la surveillance de la division de l'agriculture est autorisé «à imposer à ses membres les obligations découlant des instructions qui lui sont données».

En principe, les rapports entre les corporations de droit privé et leurs membres relèvent bien évidemment du droit privé. Toutefois, comme le souligne MÜLLER<sup>61</sup>, des éléments de droit public interviennent principalement dans trois cas:

- lorsque l'entité privée se voit confier des fonctions quasi étatiques, par exemple, l'élaboration de propositions ou de préavis à l'attention des autorités en vue de l'octroi ou du refus d'autorisation ou la prise de sanctions à l'égard de ses membres;
- lorsque l'entité se voit à proprement parler déléguer des tâches publiques, impliquant la surveillance et le contrôle de ses membres ainsi que le pouvoir de leur donner des instructions;
- en dernier lieu, lorsqu'il existe ce que MÜLLER qualifie de «indirekte» ou «direkte Zwangsmitgliedschaft».

Le problème provient de la coexistence dans la même entité d'activités purement privées et d'activités déléguées par la collec-

<sup>60</sup> RS 916.356.0.

<sup>61</sup> Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, p. 238 et ss.

tivité publique. Cette dualité a d'ailleurs été relevée à diverses occasions par le Tribunal fédéral qui dans sa jurisprudence a précisé que les fédérations laitières régionales devaient s'abstenir d'exercer leurs fonctions de droit public en cas de collision d'intérêts directe et notoire<sup>62</sup>.

La qualification du rapport juridique qui s'établit entre les délégués de la puissance publique et leurs membres respectivement les entrepreneurs tiers doit permettre de déterminer si le contentieux est de nature purement privée ou au contraire si l'accès peut être donné aux jurisdictions administratives. L'examen des divers textes actuellement en vigueur indique la subsistance de certaines ambiguïtés à ce sujet. Ainsi par exemple les instructions concernant le versement d'indemnités de non-ensilage aux producteurs qui mettent du lait dans le commerce, élaborées par l'Union centrale des producteurs suisses de lait du 25 avril 1975<sup>63</sup>, prévoient sous chiffre 9 que la fédération laitière compétente tranche les litiges opposant les sociétés de laiteries aux fournisseurs de lait. Pour le surplus, le comité directeur de l'Union centrale tranche par voie de décision les litiges découlant de l'application des instructions qui peuvent opposer une fédération laitière à une société de laiterie ou la direction de l'Union centrale à une fédération laitière ou à une société de laiterie. Lorsque le montant litigieux est supérieur à Fr. 2000.–, la décision peut être déférée dans les 10 jours au comité central de l'Union centrale par lettre recommandée. La décision de ce comité est définitive.

L'article 21 de l'ordonnance concernant la centrale suisse du ravitaillement du beurre<sup>64</sup> prévoit que la BUTYRA fournit du beurre à ses associés et que les fournitures relèvent du droit privé. Cette même disposition stipule en outre que les statuts régissent la procédure à suivre en cas de litiges relatifs aux contrats de livraison.

GYGI<sup>65</sup> a également relevé le fait que l'effacement de la distinction entre droit public et droit privé en droit économique se traduit au plan de l'organisation du contentieux par une tendance à la privatisation, en particulier par la mise en place de tribunaux arbitraux comme instance de recours. Ce mode privé de solution des conflits est par nature proche des solutions des conflits privés.

Techniquement, au niveau du contentieux, l'enjeu de la coo-

<sup>62</sup> ATF 105 Ib 126 et 97 I 860.

<sup>63</sup> RS 916.356.111.

<sup>64</sup> RS 916.357.1.

<sup>65</sup> Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, p.44.

pération d'entités privées à la mise en œuvre de la politique économique est de savoir si, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, il y a décision sujette à recours au Tribunal fédéral contre une mesure prise par une autorité au sens de l'article 98, lettre h) de la loi. Il s'agit en outre de décider si le refus d'accorder la qualité de membre ou l'exclusion d'une corporation privée chargée de tâches publiques peut faire l'objet d'un contentieux par voie d'action au Tribunal fédéral statuant en instance unique, au sens de l'article 116, lettre h) de la loi fédérale d'organisation judiciaire.

La jurisprudence du Tribunal fédéral, dans l'affaire *Chemische Fabrik Schweizerhall* du 26 mars 1971, confirmée à diverses reprises<sup>66</sup> a considéré explicitement que les dispositions statutaires relatives à l'ouverture de contingents contenues dans les statuts de la Société coopérative suisse des céréales et matières fourragères faisaient partie du droit public fédéral. Le Tribunal fédéral a décidé dès lors que ces règles devaient être interprétées de telle façon que la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie ne soit pas restreinte dans une mesure plus grande que celle qui est nécessaire pour atteindre les buts que le législateur vise en instituant un contingentement des importations de fourrage.

Toutefois comme l'a mis en évidence JUNOD<sup>67</sup>, cette jurisprudence concerne une corporation de droit public. La question qui se pose est de savoir si elle est applicable aux organismes privés. La réponse a été donnée par le Tribunal fédéral dans un très important arrêt *Pri Molk AG* du 17 octobre 1975<sup>68</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a relevé que l'Union suisse du commerce de fromages est une société anonyme au sens du code des obligations, mais qui est toutefois chargée de tâches publiques par la réglementation du marché du fromage. Dès lors, elle doit pratiquer la politique du libre accès et respecter l'égalité de traitement. Dans le cas d'espèce, l'Union suisse avait refusé de conclure un contrat pour le commerce de demi-gros avec un tiers. Le Tribunal fédéral a relevé que bien que le contrat entre l'Union suisse et le grossiste individuel présente les caractéristiques d'un contrat privé, la relation même entre l'Union suisse et l'intermédiaire trouve son fondement dans le droit public. Notre Haute Cour a précisé en effet qu'il s'agit d'une mesure qui s'inscrit dans

<sup>66</sup> ATF 97 I 293; 97 I 740, 98 Ib 442.

<sup>67</sup> Quelques aspects du statut juridique du Fonds national suisse de la recherche scientifique, *Mélanges offerts à la Société suisse des juristes*, Genève 1976, p. 129 et ss.

<sup>68</sup> ATF 101 Ib 306.

le but visé par la réglementation en vue d'une organisation appropriée du marché du fromage. Tout en étant reconnue, l'autonomie de l'Union suisse est ainsi limitée par le pouvoir d'instruction de la Confédération et également par les principes généraux qui sont sous-jacents à la réglementation sur le marché du fromage. Pour le surplus, cette même entité privée est liée par les principes qu'elle a elle-même établis. Il est essentiel de relever à ce sujet que le Tribunal fédéral semble avoir admis que les principes de commercialisation non soumis à l'approbation du Conseil fédéral et non publiés au Recueil officiel des lois, constituent néanmoins du droit public fédéral.

Il sied néanmoins de remarquer que, comme l'ont montré notamment JUNOD et KNAPP, l'application de cette jurisprudence, s'agissant par exemple d'organismes qui distribuent des subsides au moyen de subventions que lui alloue la Confédération, n'est pas sans poser des problèmes<sup>69</sup>.

Les difficultés évoquées ci-dessus illustrent le bien-fondé de la remarque formulée par MEGRET qui, dans son rapport consacré au contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat<sup>70</sup>, soulignait que l'apparition des procédés d'intervention, qui par leur nature relèvent du droit privé, crée le risque que des litiges soient répartis entre les juridictions administratives et judiciaires selon des critères qui ne reflètent pas toujours exactement la réalité des choses.

#### *4. Interventionnisme économique et notion de décision*

##### *4.1. Notion de décision et variété des formes de l'intervention de l'Etat*

Les développements qui précèdent ont illustré les incertitudes qui existent s'agissant du contentieux en raison des limites entre le droit public et le droit privé. Ainsi que nous allons le voir, les difficultés de qualification existent également lorsqu'il est admis que l'Etat intervient en qualité de détenteur de la puissance publique. Traditionnellement, en droit administratif, le concept de décision a été considéré comme l'acte juridique par excellence au moyen duquel l'administration exerce sa fonction dans un cas déterminé. La décision, en tant qu'acte unilatéral de l'Etat dans

<sup>69</sup> La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, p. 384 et 395.

<sup>70</sup> Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat, p. 119 et ss.

un cas concret, a représenté le seul mode de concrétisation de la volonté exprimée dans les normes générales et abstraites. Comme l'a relevé TETTINGER<sup>1</sup>, ceci vaut également en droit administratif économique où la décision est la forme par excellence de l'intervention de l'Etat dans l'économie privée.

La notion de décision présente à la fois un aspect procédural et un aspect de droit matériel<sup>2</sup>. C'est bien évidemment à l'aspect procédural que nous consacrerons les développements qui vont suivre. En effet, comme l'a relevé SALADIN<sup>3</sup> la décision constitue une notion clé de la nouvelle législation qui régit la procédure et le contentieux en droit administratif fédéral. L'existence d'une décision conditionne l'applicabilité de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968. Cela résulte clairement de l'article 1<sup>er</sup> de ladite loi qui stipule qu'elle ne s'applique qu'à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par des décisions d'autorités administratives fédérales. De même, à teneur de l'article 97 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le recours de droit administratif au Tribunal fédéral est subordonné à l'existence d'une décision.

En dépit du fait que la notion d'acte administratif, comme l'a justement écrit FORSTHOFF<sup>4</sup>, repose sur l'empirisme et l'expérience et ne constitue pas une notion qui puisse être définie de façon abstraite, le législateur fédéral, à l'article 5 de la loi sur la procédure administrative, a résolu de donner une définition légale de ce concept. Aux termes de l'article 5, pour qu'un acte juridique de l'administration puisse revêtir la forme d'une décision, six conditions doivent être remplies:

1. L'acte doit régler un état de fait avec effet obligatoire.
2. L'acte doit être unilatéral.
3. L'acte doit concerner un cas individuel.
4. L'acte doit être fondé sur du droit public.
5. Le droit public doit relever du droit fédéral.
6. L'acte doit enfin avoir un contenu déterminé<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 280.

<sup>2</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 98.

<sup>3</sup> Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, RDS 1975 II, p. 307 et ss, 313 et ss.

<sup>4</sup> Traité de droit administratif allemand, p. 310.

<sup>5</sup> Voir SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 57; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 96; HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 21 et ss.

Dans un article qu'il a consacré à la recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral<sup>6</sup>, MACHERET a écrit que l'interprétation de l'article 5 LPA recouvre un vaste programme dont il a souligné qu'il soulève une foule de questions. La doctrine reconnaît en effet aujourd'hui qu'il existe toute une série de mesures adoptées par l'administration dans le cadre de son activité souveraine qui échappent totalement ou partiellement à la définition de la décision contenue à l'article 5 de la LPA<sup>7</sup>. En fait, il convient d'admettre, tout particulièrement en droit administratif économique, que l'acte administratif n'est pas le seul mode d'action de la collectivité publique. Comme l'a relevé FISCHER, dans son rapport concernant la protection juridictionnelle en matière économique<sup>8</sup>, il existe des actes de l'administration souveraine concernant le dirigisme de l'économie qui ne peuvent pas être rangés dans les classifications traditionnelles du droit administratif. La fixation des cours de change, la décision de réévaluation ou de dévaluation de la monnaie nationale, les dispositions concernant l'émission des billets de banque ainsi que certaines autres mesures de stabilisation monétaire, n'ont pas directement un effet juridique immédiat, individuel et concret envers un particulier et échappent dès lors, selon leur nature, au contrôle du juge.

Tout particulièrement, dans le domaine du soutien et de l'encouragement de l'économie, se sont développés des procédés indirects destinés à influencer les agents économiques sans les contraindre. Passant en revue les instruments dont la Confédération use pour assumer les fonctions qui lui ont été conférées par l'article 31<sup>bis</sup>, alinéa 2 de la Constitution fédérale, SCHÜRMANN a décrit les divers moyens d'incitation<sup>9</sup>. L'examen de ces moyens démontre que l'on est loin des interdictions et des autorisations qui caractérisent le droit de police traditionnel. Il s'agit pour l'essentiel de conseils, d'expertises, de mesures prises en faveur du développement de la recherche et de la formation professionnelle, de participation de la collectivité à des organismes privés ou publics créés aux fins d'encouragement, de la prise en charge de risques ainsi que de l'octroi de cautionnements ou de garanties.

<sup>6</sup> La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, No 1.

<sup>7</sup> SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, p. 316.

<sup>8</sup> Le contrôle de la légalité des mesures administratives prises à l'égard des entreprises privées en vue de favoriser ou de réglementer le développement économique, p. 23.

<sup>9</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 34 et ss.

#### *4.2. Mesures à portée collective*

Le concept de décision de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative se réfère à une mesure individuelle et dès lors semble exclure les actes à portée collective<sup>10</sup>. Or, dans le cadre du droit économique, de tels actes qui, pour reprendre la formule de KNAPP<sup>11</sup> sont intermédiaires entre la loi et la décision, sont relativement fréquents. Dans son commentaire relatif à la loi sur la Banque nationale, SCHÜRMANN cite à titre d'exemple de décision de portée générale la limitation des ventes à terme de francs suisses à des étrangers, mesure qui a été communiquée par circulaire adressée aux banques du 11 juillet 1979<sup>12</sup>. Un autre exemple, toujours dans le domaine de la politique monétaire est donné par TETTINGER, s'agissant des décisions portant fixation des réserves minimum des banques<sup>13</sup>. En Allemagne, le Bundesverwaltungsgericht a jugé que de telles opérations n'étaient pas constitutives d'un acte administratif, car elles n'avaient pas le caractère individuel et concret requis. En droit suisse, l'ordonnance sur les réserves minimales du 11 juillet 1979<sup>14</sup> stipule à son article 1, alinéa 2, que lorsque des réserves minimales doivent être constituées, la Banque nationale l'ordonne par voie de décision. Toutefois, aux termes de l'article 68, lettre a), et 16, lettre f) de la loi fédérale sur la Banque nationale, une telle décision n'est pas sujette à recours de droit administratif au Tribunal fédéral. En la matière, seules les mesures prises par la Banque nationale à l'égard d'une banque qui ne constitue pas les réserves minimales requises, peuvent faire l'objet d'un contentieux devant la juridiction administrative de notre pays.

D'autres exemples sont constitués par la décision de la Banque nationale fixant le montant global des émissions autorisées au cours d'une période donnée (article 16, lettre j), ainsi que par la décision fixant le taux de l'intérêt négatif prélevé sur les fonds étrangers au vu de la situation monétaire (ordonnance sur les fonds étrangers du 11 juillet 1979 abrogée le 27 août 1980).

La décision qu'était habilité à prendre le préposé à la surveillance des prix lorsque, conformément à l'ordonnance sur la surveillance des prix du 19 décembre 1975 aujourd'hui abrogée, il statuait en abaissant le prix injustifié d'une marchandise ou d'une

<sup>10</sup> Voir SALADIN, *Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*, p. 70.

<sup>11</sup> Précis de droit administratif, p. 117.

<sup>12</sup> Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse 191.

<sup>13</sup> Voir TETTINGER, op. cit., p. 283.

<sup>14</sup> RS 951.131.

prestation de service, était également caractéristique d'une mesure de portée collective.

En matière d'aide financière en faveur des régions dont l'économie est menacée, lorsque le Département fédéral de l'économie publique en exécution de l'article 3 de l'ordonnance<sup>15</sup> détermine les régions dont l'économie est menacée, il adopte un acte qui se situe à la frontière entre la norme et l'acte administratif. L'on relèvera que le caractère collectif de cette décision est souligné par le fait que celle-ci doit être publiée à la Feuille fédérale.

De multiples exemples peuvent également être trouvés dans le cadre de la législation agricole. Nous citerons s'agissant du régime de régulation du marché des pommes de terre, la compétence conférée à la Régie fédérale des alcools par l'ordonnance sur l'utilisation des récoltes de pommes de terre<sup>16</sup> de fixer par voie de décision, la proportion de produits de pommes de terre que les importateurs de produits fourragers doivent prendre en charge.

Dans le secteur des assurances figurent également des actes de portée collective émanant de l'autorité étatique. Les décisions d'approbation des tarifs en sont un exemple. Dans un arrêt du 2 février 1973<sup>17</sup>, le Tribunal fédéral a eu à se pencher sur un recours dirigé contre une décision d'approbation de tarif des entreprises d'assurances responsabilité civile. Les effets collectifs de la décision entreprise ont été reconnus par le Tribunal fédéral qui a accordé la légitimation active à tous les détenteurs de véhicules automobiles assurés. Une jurisprudence identique a été rendue par le Conseil fédéral le 5 mai 1976, s'agissant de l'approbation d'une convention concernant le tarif assurance maladie<sup>18</sup>. Statuant sur recours, le Conseil fédéral a déclaré que les personnes physiques, membres d'une caisse-maladie, possédaient la qualité pour recourir puisque la nouvelle convention mettait à leur charge une contribution aux frais de pension dans les établissements hospitaliers.

#### *4.3 Avis et recommandations*

Doctrine et jurisprudence concordent pour considérer que les communications, avis, propositions et recommandations ne constituent pas des décisions sujettes à recours au sens de l'article 5

<sup>15</sup> RS 951.931.

<sup>16</sup> RS 916.113.31.

<sup>17</sup> ATF 99 Ib 51.

<sup>18</sup> JAA 40 (1976) No 86.

de la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>19</sup>. Ce qui manque à ces manifestations de volontés de l'administration, c'est apparemment le caractère juridique obligatoire qui caractérise l'acte administratif. Or, comme l'a souligné avec pertinence TETTINGER<sup>20</sup>, l'administration dans le cadre de son activité de politique économique utilise fréquemment des conseils, mises en garde et avis. Ces mesures ont, d'une part un but d'information, et d'autre part un but de coercition psychologique. Ce qu'en anglais, l'on qualifie de «moral suasion» fait d'ailleurs partie intégrante de la politique conjoncturelle au même titre que la concertation avec les milieux intéressés. Ce mode d'intervention qui vise à une autodiscipline des entrepreneurs privés a été particulièrement utilisée en période de haute conjoncture<sup>21</sup>.

Gygi a traité de l'inefficacité du contrôle judiciaire face à des actes d'administration dans le domaine du droit public économique qui prennent la forme de recommandations, suggestions, renseignements et déterminations<sup>22</sup>. En regard des effets que peuvent en fait avoir ce genre de mesures atypiques par rapport au concept de décision, l'absence de contrôle juridictionnel n'est pas sans poser des problèmes. Gygi a souligné qu'avec l'existence de mesures d'incitations dont l'octroi dépend du pouvoir discrétionnaire de l'administration, il se crée un rapport de dépendance entre l'Etat et l'administré, de sorte qu'un souhait ou une recommandation de la part de l'administration, peut en fait devenir pour le particulier un ordre. Le fait que les particuliers acceptent volontairement d'assumer des comportements «suggérés» par l'autorité ne libère pas cette dernière de son obligation d'agir en conformité avec le droit. L'effacement de la décision au profit d'une procédure informelle qui aboutit à des recommandations dont l'effet réel est du moins comparable à celui d'un acte administratif, est consacré par la pratique, voire par certains textes légaux en matière de taux d'intérêt des obligations de caisse. Si les banques ont l'obligation d'annoncer une augmentation à l'autorité, il résulte de l'article 10, alinéa 2 de la loi fédérale sur les banques que l'institut d'émission ne peut pas formellement s'opposer par décision à une telle hausse. Il ne peut se borner qu'à tenter de persuader l'établissement bancaire à y renoncer et

<sup>19</sup> Voir SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 64 et 65; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 103; HALTNER, op. cit., p. 31.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 287.

<sup>21</sup> Voir MAGDA YOUSSEF, Verwaltungsrechtliche Probleme der Konjunkturpolitik, Zürich 1978, p. 38.

<sup>22</sup> Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, p. 42.

formuler des recommandations. Toutefois, comme le relèvent les commentateurs de la loi fédérale sur les banques<sup>23</sup>, il est extrêmement rare qu'une banque refuse de se plier aux recommandations qui lui sont faites par la Banque nationale. Il sied de souligner l'importance économique que joue l'intervention de l'institut d'émission dans cette matière dès lors que par le biais du contrôle des taux d'intérêt des obligations de caisse, l'on influence indirectement celui du taux hypothécaire dont l'évolution est déterminante dans le secteur de la construction et dans le domaine du logement.

Un autre exemple de la substitution de la décision par la recommandation est fournie par la pratique de la Commission fédérale des banques. Le règlement concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques du 4 décembre 1975<sup>24</sup> permet à son article 5 au secrétariat de la commission de formuler aux banques des recommandations. Juridiquement, ces recommandations ne peuvent pas être assimilées à des décisions, dès lors que, sauf pour les cas de moindre importance, le secrétariat ne dispose pas du pouvoir de décision (voir article 51, lettre a) de la loi fédérale sur les banques). En principe, sa compétence se limite à la préparation des dossiers pour la Commission, qui elle, est chargée de statuer. La pratique démontre qu'une grande partie des interventions de l'organe de surveillance des banques prend la forme de recommandations qui, à peu d'exceptions près, sont acceptées et suivies sans que la Commission ne soit dans l'obligation de prendre une décision formelle sujette à recours devant le Tribunal fédéral. Les chiffres fournis par la Commission fédérale elle-même dans son rapport annuel de gestion sont révélateurs sur ce point. En 1980, le secrétariat de la Commission des banques a réglé 43 cas au moyen de recommandations dont seules 5 ne furent pas acceptées par les banques. En 1979, 68 affaires ont été traitées sous forme de recommandations; sur les 10 qui n'ont pas été acceptées, 6 étaient pendantes à fin 1979 et 6 se sont terminées par une décision de la Commission des banques. A fin 1978, 64 affaires ont été liquidées par voie de recommandation de secrétariat; sur ces 64 cas seuls 4 ont donné lieu à une décision de la Commission fédérale.

Enfin, l'on soulignera qu'un processus analogue qui comporte un mode de solution des dossiers par voie de détermination en ne

<sup>23</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, ad. art. 10, paragraphe 16.

<sup>24</sup> RS 952.721.

réservant la décision formelle qu'en cas de désaccord de l'intéressé, a été appliqué par la Banque nationale dans le cadre de la mise en œuvre de l'«Anlageverbot» institué par l'ordonnance du 27 février 1978. Les requêtes en autorisation recevaient une réponse sur un formulaire de la Banque nationale. Celle-ci ne rendait formellement de décision que lorsque le requérant refusait la détermination de l'institut d'émission. Il convient de préciser, bien évidemment, que la raison d'être de cette procédure consistait avant tout dans des motifs de rationalisation du processus de décision administrative. Finalement, l'on notera que le Conseil fédéral a retenu un processus similaire dans le cadre de son projet de révision de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues. Dans son message du 13 mai 1981<sup>25</sup>, le gouvernement a décrit comme suit le mode d'intervention de l'autorité en matière de cartels:

«La commission des cartels, suite à une enquête, édicte une recommandation aux intéressés, qui ont l'occasion de se prononcer à son sujet. Si la recommandation est acceptée par les intéressés, la procédure est terminée. Si les intéressés n'acceptent pas la recommandation, la commission des cartels demande en règle générale au Département fédéral de l'économie publique de la transformer en une décision. Ladite décision du Département peut être déférée par les destinataires au Tribunal fédéral».

#### *4.4. Directives, circulaires, plans et programmes*

VENEZIA, dans son article sur le degré d'originalité du contentieux économique<sup>26</sup>, a relevé l'apparition d'un certain nombre de «documents» tels que les plans ou les directives qui correspondent à l'avènement d'un nouvel «Etat de droit en matière économique». En droit administratif économique, l'examen des diverses instructions circulaires directives qui tantôt codifient les modes d'intervention de la collectivité dans le processus économique et tantôt définissent les droits et devoirs des agents économiques eux-mêmes, justifie amplement la constatation faite par le commissaire du gouvernement Tricot, qui affirmait que «la circulaire est un pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises»<sup>27</sup>.

Il se peut tout d'abord que sous le couvert de circulaires se cachent des véritables règles de droit. Tel a été l'avis du Tribunal

<sup>25</sup> FF 1981, p. 1244 et ss, 1316.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 150.

<sup>27</sup> Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, No 90, p. 414; voir également MANFRINI, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, Genève 1978.

fédéral dans son arrêt du 25 octobre 1979<sup>28</sup> au sujet des commentaires édictés par la Banque nationale à propos des ordonnances relatives à la sauvegarde de la monnaie. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a considéré que les explications données par la Banque nationale sous forme de circulaires contenaient matériellement des règles de droit pouvant être assimilées à des dispositions d'exécution. Pour le surplus, le Tribunal fédéral a relevé que, dans la mesure où elles devaient avoir un effet obligatoire général, il ne suffisait pas de les porter à la connaissance de toutes les sociétés soumises à la surveillance instituée par la loi fédérale sur les banques, mais qu'il fallait encore les publier dans le Recueil officiel des lois.

Cela étant, le plus souvent les circulaires sont de nature interprétatives ou fixent les modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire. L'importance de ces documents, par exemple dans le domaine de la surveillance des banques et des fonds de placement, n'échappera pas au praticien, dès lors qu'ils contiennent de précieuses indications quant à la jurisprudence de l'autorité. A titre d'exemple, parmi tant d'autres, l'on peut relever que le concept d'expert indépendant, au sens de l'article 33 de la loi sur les fonds de placement, et la notion de «répartition des risques» pour les fonds de placement immobiliers ont été définis par le biais de circulaires du 5 juillet 1967 et du 16 avril 1970. L'importance de ces textes infralégislatifs en droit économique n'a pas échappé à la commission des cartels qui a critiqué la portée qu'ont, dans le cadre de l'application de la législation sur le statut du vin, les directives non publiées relatives à l'octroi des contingents<sup>29</sup>.

La légitimité de ces instructions a été consacrée par le Tribunal fédéral, notamment dans un arrêt X du 19 mai 1978<sup>30</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral constatant que les dispositions sur le prélèvement d'un droit de douane supplémentaire sur les importations de vin rouge en bouteilles, laissaient une marge d'appréciation à l'administration a précisé que cette dernière pouvait à son choix user de cette appréciation au coup par coup ou au contraire élaborer des directives générales.

Sous le couvert d'instructions ou de directives, il apparaît enfin que la circulaire peut contenir de véritables décisions dont le but

<sup>28</sup> ATF 105 Ib 375, voir en matière fiscale, Archives 1980, p. 429.

<sup>29</sup> Publication de la Commission des cartels 1970–1971, volumes 5 et 6, Le contingentement des importations de vin, p. 121 et ss.

<sup>30</sup> ATF 104 Ib 108, voir aussi ATF 98 Ib 433; Archives 45 (1976–1977), p. 265.

consiste à imposer un comportement déterminé aux destinataires<sup>31</sup>. Parmi des injonctions précises concernant un fait ou une opération concrète et déterminée dans le temps, mais adressée à des destinataires multiples dont le cercle est déterminable, l'on citera par exemple la circulaire de la Commission fédérale des banques No 8, du 8 octobre 1968, portant obligation aux fonds de placement de liquider les participations dans les sociétés civiles immobilières françaises avant le 1<sup>er</sup> janvier 1970. Cette circulaire pouvait être assimilée à une mesure nécessaire au rétablissement de l'ordre légal au sens de l'article 43 de l'alinéa 1 de la loi sur les fonds de placement. Dans un tout autre domaine, on mentionnera à titre d'exemple, l'article 22 de l'ordonnance concernant l'utilisation du lait commercial<sup>32</sup> qui prévoit que les instructions élaborées par l'Union centrale sont communiquées par voie de circulaire lorsqu'elles s'adressent à plusieurs intéressés, et par lettre ordinaire lorsqu'elles ont trait à des cas isolés.

Enfin, l'on citera l'article 43 de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privée du 23 juin 1978<sup>33</sup> qui prévoit que le Département fédéral de justice et police a la compétence d'arrêter des instructions destinées aux compagnies d'assurances soumises à surveillance, instructions dont le caractère obligatoire résulte clairement de l'article 49 de la même loi qui assimile la violation d'une instruction, à une contravention poursuivie selon des dispositions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

Qu'elle contienne de véritables décisions ou qu'au contraire, elle se limite à codifier la pratique administrative, les circulaires en droit économique, comme dans les autres domaines de l'activité étatique, produisent des effets réels directs pour les particuliers. Elles conditionnent l'activité de l'administration. En s'intercalant dans le processus qui conduit de la norme à la décision, elles anticipent les choix que l'Etat devrait faire dans chaque situation concrète. Dès que l'instruction est prise, la situation légale du particulier n'est plus intacte. L'on rappellera que le fait que la circulaire n'apparaisse pas toujours vers l'extérieur, ne veut pas dire qu'elle ne sorte pas de l'administration, mais que le citoyen doit combattre un adversaire masqué. Cela étant, l'effet de droit est posé comme l'a écrit RIVERO sitôt que la circulaire ou

<sup>31</sup> Voir à ce sujet, la distinction opérée par la Commission fédérale des banques à propos de ses propres circulaires, in: Jahresbericht 1977 der Eidgenössischen Bankenkommission, p. 8.

<sup>32</sup> RS 916.353.1.

<sup>33</sup> RS 916.01.

l'instruction est lancée<sup>34</sup>. L'impact réel des circulaires peut être illustré par la pratique de la Commission fédérale des banques. Il est certain que lorsque cette autorité élabore des circulaires, elle établit des principes auxquels elle se tiendra et qui cristallisent l'interprétation qu'elle entend à l'avenir donner à la législation. Elle communique dès lors ses circulaires aux banques qui, si elles en contestent la validité, sont priées de le faire savoir afin que la commission prenne une décision individuelle susceptible de recours, faute de quoi l'autorité considère que son interprétation est connue et implicitement acceptée par l'administré et en exigeira directement le respect.

Parmi les autres documents qui s'intercalent entre la norme et la décision, l'on soulignera l'existence, il est vrai encore peu répandue en droit économique suisse, des plans ou programmes. Un exemple en est constitué par la loi fédérale sur l'aide en matière d'investissement dans les régions de montagne<sup>35</sup>. L'article 10 de cette loi prévoit l'institution d'un programme de développement régional qui spécifie les objectifs que l'aide en matière d'investissement doit permettre d'atteindre et fixe les étapes de l'exécution. L'on notera, pour mesurer l'impact réel de ce programme, que l'article 17 dispose quant à lui que l'aide financière ne peut être accordée que pour des projets qui s'inscrivent dans le programme de développement approuvé par le Département fédéral de l'économie publique. L'article 27 de la même loi confirme que la coordination de l'aide doit intervenir par le biais d'un plan général des mesures d'encouragement. L'article 11 de l'ordonnance d'exécution stipule quant à lui que le Département fédéral de l'économie publique établira des directives aux fins de promouvoir l'élaboration du programme de développement.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a de manière constante considéré que les circulaires ne contiennent que des instructions de service qui ne lient ni le particulier, ni le juge<sup>36</sup>. Certes, dans le cadre du recours de droit public, la jurisprudence récente a dérogé aux conceptions traditionnelles en admettant que des ordonnances administratives déployant des effets externes et qui pour le surplus ne sont pas exécutées par voie de décision donnant la possibilité au citoyen touché dans ses droits de faire valoir ses moyens, peuvent faire l'objet d'un recours par voie d'ac-

<sup>34</sup> Les mesures d'ordre intérieur administratives, Paris 1934, p. 22; MANFRINI, op. cit., p. 206 et ss et références citées.

<sup>35</sup> RS 901.1.

<sup>36</sup> ATF 104 Ib 333; MANFRINI, op. cit., p. 203 et références citées.

tion<sup>37</sup>. Toutefois, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt S du 16 février 1979<sup>38</sup> a expressément déclaré que la jurisprudence développée dans le cadre du recours de droit public et inaugurée par l'arrêt Gross était inapplicable dans le domaine du recours de droit administratif. Saisi d'un recours mettant en cause des directives de l'Administration fédérale des douanes, le Tribunal fédéral a précisé qu'il ne pouvait entrer en matière sur des conclusions tendant à constater l'illégalité de directives internes, car il n'est pas lié par les circulaires qui ne font pas partie du droit fédéral, au sens de l'article 104 de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Pour le surplus, le Tribunal Fédéral a relevé que les directives ne sauraient être assimilées à des décisions, au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, dès lors que, d'une part, elles ont un caractère général et, que d'autre part, elles ne créent pas de droits pour les particuliers. Enfin, l'on soulignera qu'aux termes d'une jurisprudence du Département fédéral de l'économie publique du 7 avril 1971, les privés chargés de tâches publiques agissant en qualité d'autorités, ne peuvent ni recourir contre les directives que leur impartit l'autorité de surveillance ni les dénoncer<sup>39</sup>. Cette décision est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, notamment dans un arrêt du 22 juin 1979<sup>40</sup>, a considéré que les fédérations laitières chargées de tâches publiques ne pouvaient interjeter recours contre des mesures de l'autorité que lorsque ces mêmes mesures touchent les organismes dans leurs intérêts privés. L'on relèvera que l'opinion des juridictions administratives qui vient d'être rappelée aboutit en fait, s'agissant du recours de droit administratif, à exclure tout recours contre les directives. En effet, d'une part les autorités de recours considèrent que ces directives ne concernent que les autorités et n'affectent pas les agents privés et d'autre part et en même temps, elles nient la légitimation active aux autorités qui sont précisément directement concernées par les mêmes directives.

## *5. Droit administratif économique et procédés contractuels de droit public*

### *5.1. Développement du procédé contractuel*

Les développements qui précèdent consacrés à la privatisation de l'action économique de l'Etat et à l'effacement de la notion de

<sup>37</sup> ATF 105 Ia 349; ATF 104 Ia 148; ATF 102 Ia 387; 185; ATF 98 Ia 510.

<sup>38</sup> ATF 105 Ib 136, voir aussi ATF 106 Ib 252 et ss.

<sup>39</sup> JAA 35 (1970–1971) No 18.

<sup>40</sup> ATF 105 Ib 126.

décision confirment l'avis exprimé par TRUCHET dans son étude<sup>1</sup> selon lequel la théorie des actes connaît d'impressionnantes perturbations en matière économique. L'inflation des circulaires réglementaires ou quasi réglementaires, la multiplication et la diversité des agréments, licences, avis, fait écrire à cet auteur que «tout ici révèle ou plutôt confirme un malaise du droit public face aux questions économiques: lorsqu'il s'efforce rarement de dégager des règles originales, il n'y parvient guère avec succès; lorsqu'il essaie d'appliquer des règles classiques, celles-ci subissent une déviation originale qui ne leur assure cependant pas une parfaite adaptation en la matière». Un des phénomènes qui a permis d'établir cette constatation est le développement et l'extension des procédures contractuelles ou «quasi contractuelles» à la signification juridique imprécise et qui ont fait dire au commissaire du gouvernement BRAIBANT qu'en matière d'économie dirigée, la distinction de la situation réglementaire et la situation contractuelle perd de sa netteté<sup>2</sup>.

La première caractéristique de l'évolution tient à l'apparition d'un droit «négocié»<sup>3</sup>. Il convient à ce propos de rappeler que l'article 32, alinéa 3 de la Constitution fédérale consacre le principe de la participation des milieux intéressés à la fonction législative<sup>4</sup>. Comme l'a relevé JEAN-FRANÇOIS PERRIN, dans son rapport<sup>5</sup>, la consultation des groupes d'intérêt constitue un des rouages les plus importants du fonctionnement réel de nos institutions politiques. La consultation a, en effet, pour conséquence, que pour partie en tout cas, la confection des lois est le fruit d'un consensus. L'expérience démontre que la consultation des associations professionnelles intervient aussi bien en cas de révisions constitutionnelles qu'en matière réglementaire<sup>6</sup>. Il convient, en effet, de tenir présent à l'esprit que, comme l'ont relevé FLAMME et FAVRESE<sup>7</sup>, à côté d'une consultation institutionnelle et organisée par les textes légaux, existe une consultation informelle susci-

<sup>1</sup> Réflexions sur le droit économique public en droit français, p. 1040.

<sup>2</sup> Cité par C. PIQUEMAL-PASTRÉ, Une expérience d'acte économique: le contrat programme.

<sup>3</sup> VENEZIA, Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p. 149.

<sup>4</sup> GRISEL, Droit administratif suisse, p. 157.

<sup>5</sup> Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, p. 500.

<sup>6</sup> Voir notamment DELLEY, MORAND, Les groupes d'intérêt et la révision totale de la Constitution fédérale, RDS 1974 I, p. 486 et ss et les diverses références citées.

<sup>7</sup> Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique, p. 250.

tée par les pouvoirs publics ou provoquée par les administrés, qui met en jeu le plus souvent les associations professionnelles, syndicales et les groupes d'intérêt organisés. Cette consultation informelle qui échappe largement à l'observation est constituée de pures situations de fait. L'expression de la politique conventionnelle dans le domaine réglementaire est constituée notamment par les conventions entre la Banque nationale et les banques suisses dans le domaine monétaire, conventions dont l'existence a déjà à plusieurs reprises été évoquées dans le cadre de ce rapport et qui ont été étudiées en détail par MERZ<sup>8</sup>. L'on se bornera ici à relever que le procédé contractuel aux fins d'instituer, sous forme d'arrangements à caractère collectif, de véritables normes générales suppléant ou complétant, voire dérogeant à des dispositions légales ou réglementaires, n'est pas le propre de notre pays, mais s'est développé notamment dans le domaine de la politique monétaire dans d'autres pays européens<sup>9</sup>. La politique de concertation engagée dans le processus normatif par l'administration et les destinataires des règles de droits va jusqu'à s'appliquer en matière d'élaboration de circulaires. L'on notera ainsi à titre d'exemple que la Commission fédérale des banques soumet aux milieux intéressés, les circulaires qu'elle s'apprête à adopter<sup>10</sup>. Cela s'explique par le souci de l'autorité d'obtenir l'adhésion et donc de convaincre plutôt que de contraindre les intéressés.

Même si leur développement n'est certainement pas comparable à celui d'autres pays voisins, les contrats administratifs ne sont pas chose nouvelle<sup>11</sup>. Jusqu'ici, toutefois, les contrats de droit administratif ne servaient à l'administration qu'à se fournir de prestations ou à en fournir (contrats avec les usagers) ou encore à s'assurer le concours d'agents publics. Pour l'action administrative elle-même, c'était plutôt la voie unilatérale qui était choisie. Les actes administratifs individuels et les règlements prescrivaient aux agents économiques les comportements que l'Etat estimait nécessaires. Or, dans le domaine du droit écono-

<sup>8</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen.

<sup>9</sup> Voir pour la Belgique: FLAMME et FAVRESE, op. cit.; France: PIQUEMAL-PASTRÉ, op. cit., LAUBADÈRE, Interventionnisme économique et contrat, Revue française d'administration publique, 1979, p. 791; GAUDEMEL, La planification économique et les transformations du droit public français, p. 500 ss.

<sup>10</sup> Tel est le cas de la circulaire annoncée en 1979 concernant la comptabilisation des opérations sur métaux précieux; voir Rapport de gestion 1980 de la Commission fédérale des banques, Berne 1981, p. 9.

<sup>11</sup> Voir ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, RDS 77 II, p. 461a et ss; IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, RDS 77 II, p. 1ass.

mique, le développement d'instruments d'incitation a eu pour effet de faire prendre une forme contractuelle à un certain nombre d'interventions étatiques. GAUDEMÉT ainsi que MARSALLET ont souligné chacun que si dans le droit administratif classique, le contrat était plutôt un mode de gestion ou de participation à l'exécution des services publics, il tend aujourd'hui à être utilisé comme un instrument de régulation ou d'orientation de l'économie<sup>12</sup>. Parmi diverses matières où l'action de l'Etat prend la forme de contrat de droit public, KNAPP<sup>13</sup> cite respectivement les délégations conventionnelles c'est-à-dire les actes juridiques par lesquels des tâches publiques sont confiées à des associations privées, les stocks obligatoires et enfin les subventions. Dans ces trois secteurs de nombreux exemples peuvent être fournis. Il s'agit tout d'abord de la délégation du contrôle officiel de la qualité dans l'industrie horlogère suisse. Aux termes des dispositions de l'arrêté fédéral régissant le domaine, le Conseil fédéral s'est vu conféré la possibilité de confier par un contrat de droit public, l'exécution du contrôle officiel de la qualité à une corporation de droit privé<sup>14</sup>. Dans le cadre de la mise en œuvre de la loi fédérale sur la préparation de la défense nationale économique, la Confédération est habilitée à passer des contrats de stockage<sup>15</sup>. Les ordonnances prises en exécution de cette législation prévoient par exemple, s'agissant du commerce du savon et de préparations pour lessives, que l'importation de ces produits est soumise à l'obtention d'une licence d'importation. Or, l'octroi de la licence est elle-même subordonnée à la conclusion et à l'exécution d'un contrat aux termes duquel l'importateur s'engage à constituer des réserves<sup>16</sup>. Un autre exemple est fourni par la réglementation sur l'économie sucrière indigène<sup>17</sup>. L'ordonnance du Conseil fédéral en la matière prévoit en effet que les sucreries concluent avec les planteurs de betterave des contrats de culture qui fixent les quantités de betteraves livrables au prix établi par le Conseil fédéral. Un autre exemple d'utilisation du contrat de droit administratif comme instrument de politique économique est constitué par la législation fédérale sur le blé<sup>18</sup>. Le contrat permet à la Confédé-

<sup>12</sup> La planification économique et les transformations du droit public français, op. cit., Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat.

<sup>13</sup> Précis de droit administratif, p.174.

<sup>14</sup> Voir FF 1981 II, p.586.

<sup>15</sup> RS 513.01, art.7.

<sup>16</sup> ROLF 1981, p.533, art.4.

<sup>17</sup> RS 916.114.11.

<sup>18</sup> RS 916.111.0.

ration de constituer des réserves de blé dans le pays (article 5); et en second lieu de prendre en charge directement du blé indigène panifiable (article 8). L'article 25<sup>bis</sup> de la loi prévoit en outre que la Confédération peut passer des conventions avec des meuniers de commerce ou des associations de meuniers concernant l'ouverture ou le maintien en exploitation de moulins à blé tendre situés dans les régions. Le même procédé peut être utilisé pour l'acquisition et l'entretien de magasins et d'installations de mouture. Enfin, la politique des accords avec les milieux intéressés est utilisée en matière de contrôle du prix de la farine panifiable ou du pain aux fins de la sauvegarde des intérêts des consommateurs (article 35, alinéa 2 de la loi). L'utilisation du contrat se manifeste dans les législations relatives à l'intervention de l'Etat en vue d'encourager et de développer l'économie. Ainsi l'arrêté fédéral instituant une aide financière en faveur des régions dont l'économie est menacée<sup>19</sup>, stipule que les engagements par cautionnement et la participation de la Confédération au service de l'intérêt donnent lieu à des contrats dont le contentieux se déroule par voie d'action de droit administratif devant le Tribunal fédéral (article 12, alinéa 2). Les mêmes principes s'appliquent dans le cadre de la mise en œuvre de la loi fédérale sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne<sup>20</sup>. L'article 20 de la loi prévoit en effet que l'aide prévue dans les programmes de développements fait l'objet de contrats de droit administratif entre les parties et la Confédération. D'autres contrats de subventionnement sont passés par la Confédération en matière de vente de bestiaux<sup>21</sup> ainsi qu'en matière d'encouragement de la construction et d'accession à la propriété de logements<sup>22</sup>.

### *5.2. Conséquences pour la protection des droits des particuliers*

Le recours à des techniques contractuelles de droit public à des fins d'intervention dans le domaine de l'économie n'est pas sans conséquences au niveau de la protection des droits des entrepreneurs privés.

En premier lieu, il sied de souligner que cela implique l'inapplicabilité des dispositions de procédure non contentieuse établies par la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>23</sup>. Cela a

<sup>19</sup> RS 951.93.

<sup>20</sup> RS 901.1.

<sup>21</sup> RS 916.301.

<sup>22</sup> RS 843.

<sup>23</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 26.

pour conséquence, comme l'a relevé HALTNER<sup>24</sup> que toute une série d'instances ou d'organisations indépendantes de l'administration fédérale qui sont chargées de tâches de droit public, échappent à la mise en œuvre de la loi de procédure, dans la mesure ou dans l'accomplissement de leurs fonctions, elles utilisent le contrat en lieu et place de la décision. Sous l'angle pratique, cela signifie que des tiers qui auraient qualité de partie au sens de l'article 6 de la LPA pouvant être touchés par la mesure à prendre, ne bénéficient pas des droits normalement reconnus dans le cadre de la procédure. Les formalités imposées par les articles 34 et suivants de la loi de procédure ne trouvent pas application. Cela peut contribuer à rendre plus difficile, notamment pour les concurrents, la contestation d'éventuelles discriminations dont ils pourraient être les victimes de la part de l'administration.

En second lieu, le choix du procédé contractuel déploie des conséquences s'agissant du contentieux juridictionnel. S'il est vrai que, comme le relèvent les auteurs, pour le destinataire direct d'une mesure administrative la question de savoir s'il s'agit d'une décision ou d'une détermination contractuelle n'a pas de conséquence procédurale majeure, dès l'instant où le Tribunal fédéral corrige d'office les éventuelles erreurs<sup>25</sup>, il s'en va de même pour des tiers qui entendraient contester la légitimité de l'intervention étatique. Certes comme l'a relevé METZ dans son étude<sup>26</sup>, la problématique de la qualité pour agir dans le cadre du contentieux par voie d'action se pose de manière moins stricte que dans le cadre du recours. Toutefois il résulte de l'article 116 de la loi fédérale d'organisation judiciaire que l'action de droit administratif n'est ouverte, s'agissant de contrats, que pour des litiges relatifs à des prestations découlant de tels contrats. Lorsqu'un tiers concurrent se dit victime d'une discrimination dont l'origine se trouve dans une intervention de l'Etat prenant la forme contractuelle ou encore lorsqu'une détermination de l'autorité dans le cadre d'un rapport contractuel est de nature à porter atteinte aux intérêts d'un tiers, il n'est pas du tout certain que le tiers en cause puisse faire valoir stricto sensu des préten-

<sup>24</sup> Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 43; voir également cité par HALTNER, SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, p. 322 et ss.

<sup>25</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 68–69; HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 43.

<sup>26</sup> Der direkte Verwaltungsprozeß in der Bundesrechtspflege, p. 133 et ss.

tions de nature contractuelle, seules recevables à teneur de l'article 166, lettre b) OJF. La difficulté a été illustrée très clairement par le Tribunal fédéral dans un arrêt S AG du 9 décembre 1977<sup>27</sup>. Dans cette affaire était en cause une directive donnée par le délégué à la défense nationale économique à un entrepositaire de reprendre son stock obligatoire déposé chez un tiers nommément désigné. La question s'est posée de la légitimation de ce tiers pour attaquer cette directive. Dans ses considérants le Tribunal fédéral a relevé que le tiers ne pouvait faire valoir des prétentions de nature contractuelle de droit public sujettes à arbitrage devant la commission instituée par la législation relative à la défense nationale économique. Le Tribunal fédéral a dès lors considéré que la détermination de l'autorité devait en l'espèce être assimilée à une décision sujette à recours car un tiers était lésé dans ses intérêts dignes de protection et possédait la légitimation active au sens de l'article 103, lettre a) de la loi fédérale d'organisation judiciaire.

Il sied de souligner enfin que l'existence d'un droit « négocié », selon un processus de nature contractuel peut être susceptible de limiter le pouvoir d'investigation des juridictions administratives. MOOR a ainsi noté qu'en Allemagne par exemple, le fait qu'une question ait été réglée par l'administration en collaboration avec les milieux intéressés, implique une restriction du pouvoir de contrôle judiciaire<sup>28</sup>.

Les développements qui précèdent ont permis de mettre en lumière à grands traits, les difficultés auxquelles se heurte le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat en raison de la structure et des caractéristiques du droit public économique. Il convient dans une deuxième partie d'envisager les difficultés qui sont liées au mode de fonctionnement proprement dit des juridictions administratives.

## *6. Difficultés du juge face aux concepts et aux faits économiques*

### *6.1. Connaissances en économie*

Le droit économique ne peut se passer des notions empruntées à l'économie telles les termes de marché, de concurrence, d'investissement, de consommation, etc. Le juge étant juriste et non pas économiste, il se pose dès lors la question de sa qualification pour

<sup>27</sup> ATF 103 Ib 335.

<sup>28</sup> Le juge administratif et l'application de la loi, p.675 et références citées.

appliquer ces notions. Comme l'a relevé FROMONT<sup>1</sup>, les faits économiques sont particulièrement difficiles à établir et à apprécier; en général, ce ne sont pas des faits bruts mais des situations d'ensemble dont la connaissance exige un appareil de documentation important et dont l'interprétation est sujette à contestation. La notion d'intérêt public n'est nulle part plus difficile à apprécier qu'en matière d'intervention économique. Elle repose sur des analyses économiques complexes, sur des prospectives à propos desquelles, même des experts peuvent être en désaccord<sup>2</sup>. Cette situation a été résumée de manière parfaitement explicite par ORIANNE dans son rapport consacré au rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit belge<sup>3</sup>:

«Le progrès des moyens d'approche des phénomènes économiques, accéléré par l'apparition des ordinateurs, une meilleure perception de leurs diverses implications, ont eu pour effet de reléguer l'usage du simple «bon sens» au magasin des accessoires. Il y a donc, pour le juge, en face des questions économiques, un premier problème qui est d'information, voir d'équipement».

En raison de sa formation de généraliste du droit, le juge administratif n'est généralement pas prêt à contrôler des décisions économiques revêtant une certaine technicité. Les développements qui précèdent ont d'ores et déjà permis de mettre en évidence le fait que ce problème de qualification se traduit dans la définition que donne le Tribunal fédéral de son pouvoir d'examen lorsqu'il est saisi de recours contre des décisions de politique économique. Les juridictions administratives ont de manière constante considéré qu'il ne leur appartient pas de diriger la politique économique et que lorsque la loi laisse une certaine latitude de jugement à l'autorité, les organes d'exécution sont mieux en mesure que les tribunaux de déterminer les solutions les plus adéquates. A diverses occasions le Tribunal fédéral a déclaré que les questions techniques devaient être tranchées par des spécialistes de l'économie; tel est le cas par exemple dans un arrêt Denner AG du 13 juin 1975<sup>4</sup> s'agissant du contrôle des émissions par les banques. Nous avons déjà évoqué le fait que lors de l'élaboration du statut de l'horlogerie, la majorité des juges du Tribunal fédéral s'était prononcée contre l'attribution de compétence à cette juridiction en matière de contrôle de l'application

<sup>1</sup> Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative.

<sup>2</sup> PIQUEMAL-PASTRÉ, op. cit., p. 370.

<sup>3</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit public, p. 18.

<sup>4</sup> ATF 101 Ib 336.

des dispositions de la politique horlogère<sup>5</sup>. Il est important de relever que ce problème de compétence ne se pose pas uniquement à l'égard des juges siégeant dans les tribunaux administratifs, mais également dans les autres formes de contentieux administratifs. Le Conseil fédéral a ainsi de manière constante déclaré qu'il n'examinait qu'avec retenue les recours dirigés contre des décisions qui reposent sur une expertise officielle. Ces jurisprudences concernent aussi bien le subventionnement de la réalisation de films<sup>6</sup>, que dans le domaine de l'agriculture l'admission au cadastre viticole<sup>7</sup>. Dans le même sens, le Département de l'intérieur a jugé qu'il ne disposait que d'un pouvoir de contrôle limité lorsqu'il est amené à statuer sur un recours dirigé contre une décision de l'autorité inférieure qui s'est fondée sur l'avis d'une commission d'experts indépendante de l'administration, en l'occurrence la Commission fédérale des médicaments<sup>8</sup>. SALADIN dans son ouvrage<sup>9</sup> a souligné que cette retenue des organes hiérarchiques supérieurs dans le cadre du recours administratif est incompatible avec la lettre de l'article 49, lettre c) de la loi fédérale sur la procédure administrative. Ce point de vue est certainement exact du point de vue purement juridique. Cela étant l'attitude de l'autorité qui n'annule la décision attaquée que s'il résulte du dossier que l'autorité inférieure n'a pas consulté les experts selon les règles légales ou si les experts consultés ont manifestement fait fausse route, illustre l'embarras dans lequel se trouve le contentieux lorsqu'il est confronté à une question dont la solution requiert avant tout des connaissances techniques et économiques les problèmes de droit étant d'ordre secondaire.

### *6.2. Approche microéconomique du juge*

Au delà du problème des compétences personnelles du juge dans le domaine de l'économie, il se pose une seconde difficulté qui est liée à la fonction judiciaire proprement dite. Il ne faut pas en effet oublier que le juge n'appréhende la réalité économique que par l'intermédiaire de litiges individuels. La fonction juridictionnelle se distingue par là de la fonction administrative. L'exécutif assume une fonction permanente alors que l'intervention du juge s'effectue *a posteriori* et uniquement en cas de litige sur recours. La fonction des organes juridictionnels consiste avant tout à cor-

<sup>5</sup> FF 1949 III, p. 100.

<sup>6</sup> JAA 42 (1978) no 58.

<sup>7</sup> JAA 43 (1979) no 88.

<sup>8</sup> JAA 43 (1979) no 29.

<sup>9</sup> Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 194.

riger les mauvais fonctionnements de l'administration. Il s'agit davantage, en principe en tout cas, de dire ce qui n'est pas une application correcte du droit que de définir positivement celle-ci. Comme l'a relevé FORSTHOFF<sup>10</sup>, dans la mesure où la justice s'exerce dans des cas isolés par des jugements, elle n'est pas une fonction active de l'Etat comme l'est l'administration; cette dernière, en effet «agit sans cesse pour modeler l'avenir, et par là, elle se distingue de la justice, qui s'exerce et s'épuise en même temps par des jugements».

Le caractère ponctuel et individuel de l'intervention du juge a pour conséquence que celui-ci, comme l'a relevé KOOPMANS<sup>11</sup>, a tendance à mettre l'accent sur la position des individus dont les droits ou intérêts peuvent être lésés plutôt qu'à adopter un point de vue global qui est déterminant pour la mise en œuvre de la politique économique. Cet aspect du problème a été clairement mis en évidence par SCHRANS<sup>12</sup>. Cet auteur a constaté en effet que les tribunaux sont amenés à connaître essentiellement des problèmes microéconomiques, soit des aspects qui se rapportent à l'étude des unités économiques individuelles: consommateurs, producteurs ou détendeurs de facteurs de production. Saisi en général de contentieux relatifs à un cas particulier, le juge risque de ne pas appréhender l'activité économique dans son ensemble bien que dans un système économique caractérisé par une intervention accrue des pouvoirs publics, de nombreuses règles sont de nature macroéconomique. Dès lors dans la mesure où le juge se limite à une approche individualiste, il est déphasé par rapport à l'évolution du droit dans la société industrielle. Alors que le droit économique a été mis au service d'une organisation sociale dynamique et opérationnelle régie par les exigences de l'efficacité économique, le juge, de l'avis de SCHRANS, semble se limiter à l'application d'un droit traditionnellement voué à la protection des intérêts individuels. PERROT, quant à lui<sup>13</sup>, relève que si le juge avait l'ambition de faire de la macroéconomie, ce ne serait tout au plus qu'à travers une microéconomie de caractère individuel, de sorte que cet auteur estime que pour des raisons d'ordre technique le juge est par définition empêché de jouer un rôle actif dans l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie.

<sup>10</sup> Droit administratif allemand, p.41 et ss.

<sup>11</sup> Op. cit., p.12.

<sup>12</sup> Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial belge, p.133 et ss.

<sup>13</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Rapport général, p.264.

Certes, l'opinion de ces auteurs a été exprimée avant tout à propos du juge civil chargé de statuer sur les litiges privés. Toutefois, il ne paraît pas injustifié d'appliquer ces considérations par analogie au juge administratif. Une telle démarche est d'autant plus motivée que, comme l'a démontré JUNOD<sup>14</sup>, le Tribunal fédéral a eu tendance jusqu'ici à donner la primauté à une perspective purement individualiste et microéconomique de l'article 31 de la Constitution refusant ainsi de donner toute sa portée à la garantie institutionnelle de la liberté de commerce et d'industrie. Une analyse du concept même de cette liberté individuelle, concept dont les contours sont définis par la théorie constitutionnelle dépasserait manifestement le cadre de notre étude. En l'état, nous nous bornerons donc à constater que si le juge administratif considère sa fonction uniquement dans la perspective de la protection de la sphère de l'entrepreneur individuel à l'abri de toute ingérence de l'Etat, il risque d'ignorer l'organisation économique globale et «d'examiner les arbres sans contempler la forêt».

## *7. Retenue des administrés à l'égard de la procédure de recours*

Le professeur SAVY a souligné que dans le domaine du droit économique, l'administré n'est guère tenté de s'adresser au juge<sup>1</sup>. Il est conscient de la timidité du contrôle juridictionnel et ne l'ignore pas. Il sait à la lumière des statistiques qu'il a peu de chances de gagner son procès. Par ailleurs, il n'ignore pas que son entreprise a le plus grand intérêt à ne pas s'aliéner la bienveillance de l'administration et que, dans cette perspective, une victoire contentieuse pourrait être chèrement payée. Il est, pour le surplus, persuadé qu'il défend mieux ses intérêts dans un dialogue direct et discret avec l'administration que dans un contentieux de recours. SAVY a relevé que la conjonction de ces comportements fait que les désaccords entre l'administration et les agents économiques privés trouvent leur solution hors du recours au juge, c'est-à-dire sans référence à une règle de droit.

Cette opinion est partagée par d'autres auteurs. Ainsi VENEZIA a, également, mis en lumière la relative rareté du contentieux économique due notamment au fait que dans une matière où des intérêts financiers souvent très importants sont en jeu, les parties

<sup>14</sup> Libertés économiques, ordre public et politique sociale, p. 86 à 89 notamment.

<sup>1</sup> Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration.

préfèrent ordinairement éviter le recours à un juge dont les sentences, par définition, ne peuvent être que «grossières et globales»<sup>2</sup>. Citant FORJAT, PIQUEMAL-PASTRÉ<sup>3</sup> parle de «déjuridication» du droit économique qui résulte soit du fait que le juge n'accomplit plus sa mission traditionnelle, soit du fait que le plaigneur n'a pas l'occasion de plaider en raison des risques.

Enfin, l'on relèvera que ce point de vue est partagé par ORIANNE et VERKEREN<sup>4</sup> qui ont écrit que plutôt que de recourir au juge, les agents économiques privés préfèrent de loin et souvent le dialogue avec l'administration, non seulement dans les procédures de contact, de concertation et de réclamation organisées au profit des particuliers, mais aussi de façon informelle. En dehors des cas où le droit a aménagé des recours administratifs ou d'administration contentieuse pour faire place à la concertation avec les milieux intéressés, il existe de nombreux autres où les contestations se règlent par contacts informels ou échange de lettres.

Les praticiens ne démentiront certainement pas le bien-fondé des constatations qui précèdent. Il est certain que dans le cadre d'une administration qui dispose de larges marges d'appréciation, le particulier préfère discuter et négocier directement avec l'autorité compétente plutôt que de porter le cas devant une instance tierce dont le pouvoir d'examen est limité, qui n'a pas les connaissances particulières requises relatives à la branche considérée et qui, pour le surplus, ne statuera pas dans l'immédiat.

Pour comprendre les réticences des entrepreneurs privés à introduire un recours, il faut également tenir présent à l'esprit que contrairement à d'autres domaines, les rapports avec l'administration n'ont pas un caractère purement ponctuel, mais sont souvent permanents qu'il s'agisse de l'octroi ou du renouvellement d'une subvention, de l'obtention d'un contingent ou encore de la négociation des modalités de mise en œuvre d'une décision prise par l'administration. Dans cette perspective, l'on comprend que le particulier désire éviter de mettre en péril les bons contacts qu'il a précédemment établis au sein de l'administration. L'on relèvera en passant que le particulier retrouvera souvent une même attitude auprès du conseil ou de l'avocat auquel il s'adressera. Sauf à faire preuve d'un esprit procédurier, le mandataire préférera également miser sur le «good will» qu'il a développé

<sup>2</sup> Sur le degré d'originalité du contentieux économique, p. 163.

<sup>3</sup> Une expérience d'acte économique; le contrat de programme, p. 368.

<sup>4</sup> Le contrôle des interventions économiques de l'Etat, p. 311 et ss, 319.

auprès de l'administration pour discuter du cas de son client avec celle-ci plutôt que d'introduire un recours surtout lorsque les éléments juridiques ne jouent qu'un rôle limité pour la prise de décision. La pratique démontre d'ailleurs que les administrations fédérales se montrent à juste titre ouvertes à des demandes de réexamen des dossiers s'il est fait état de faits nouveaux ou d'éléments qui n'avaient pas pu légitimement être pris en considération lors de la première décision. En dehors de toute considération de technique juridique et souvent en présentant de manière plus complète la situation de fait de l'entrepreneur, le conseil de ce dernier parviendra à un résultat plus direct que s'il avait choisi de porter le litige devant l'autorité de recours. Il n'est pas d'ailleurs exclu que, même dans un cas où l'affaire semble perdue sous l'angle juridique, l'on obtienne la modification au moins partielle de la décision en démontrant dans la pratique et dans les faits son caractère injustifié.

Les informations que nous avons recueillies pour la préparation de cette étude auprès des diverses administrations fédérales confirment ce qui précède. Il s'avère ainsi que dans le cadre de la législation fédérale sur les blés, une bonne moitié des litiges trouvent une solution lors de discussions ou de négociations avec les parties en cause. Cette même proportion est applicable aux litiges survenant entre les particuliers et les organes du Département fédéral des transports et communications et de l'énergie. L'Office fédéral des affaires économiques extérieures nous a quant à lui indiqué que sur les trois à cinq litiges par an qui le concernent, un à deux trouvent une solution dans le cadre de discussions. S'agissant de l'Office fédéral de l'industrie des arts et métiers du travail et des recours déposés auprès du secrétariat général du Département fédéral de l'économie publique, il apparaît que 10% des cas trouvent une solution par voie de reconsideration des décisions. Le rôle des négociations est bien évidemment important dans le cadre de relations contractuelles. En matière de défense nationale économique où comme nous l'avons vu, les stocks obligatoires donnent lieu à des contrats, 80% des différends qui se présentent sont réglés par biais de discussions entre les parties.

Un élément important qui dissuade les agents économiques de vider les litiges par voie de recours est constitué par la longueur des procédures. Dans son rapport de gestion pour l'année 1980 daté du 6 février 1981, le Tribunal fédéral a indiqué que la durée moyenne des instances était de 8 mois et 22 jours. Cette même durée était de 7 mois et 6 jours en 1979. Il est évident que dans la plupart des cas, sauf à vouloir plaider pour le principe, les agents

économiques renoncent au contentieux car celui-ci n'a pas de portée pratique immédiate. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Parlement a décidé de soustraire du recours au Tribunal fédéral, les litiges relatifs au contingentement laitier: «eu égard à la nécessité de trancher rapidement les recours relatifs au contingentement, il est indispensable de confier le soin de liquider les recours à des commissions régionales, indépendantes des fédérations laitières, qui statuent en instance unique, dans l'intérêt même d'une constatation plus exacte des faits, pour qu'il soit possible de mieux atteindre les objectifs du contingentement»<sup>5</sup>.

L'on comprend aisément la position du législateur; l'on ne peut manifestement pas accepter que d'une manière générale l'on statue sur l'octroi ou le refus d'un contingentement annuel, alors même que près d'une année s'est écoulée depuis la prise de décision de première instance et que pratiquement l'issue du litige est devenue sans objet. La durée des procédures joue un rôle particulièrement dissuasif dans le domaine des rapports existant entre les banques, les instituts financiers et la Banque nationale. Il est inconcevable dans la plupart des cas que les parties concernées attendent plusieurs mois, voire des années l'issue d'un procès pour obtenir une autorisation de l'institut d'émission. Des motifs financiers et économiques excluent par définition qu'un projet soit dépendant des lenteurs d'une procédure contentieuse. Ces considérations s'appliquent bien entendu lors de la mise en œuvre des réglementations conjoncturelles dans le domaine monétaire. L'ordonnance concernant le placement de fonds étrangers en papiers-valeurs suisses, est restée en vigueur moins d'une année, soit du 27 février 1978 au 24 janvier 1979. Vingt pour cent des demandes d'autorisation soumises à la Banque nationale visant notamment la constitution de sociétés anonymes par des personnes domiciliées à l'étranger ont été rejetées. Même si dans certains cas, l'interprétation donnée par les circulaires de la Banque nationale de l'ordonnance du Conseil fédéral pouvait être discutable, il était pratiquement hors de question de conseiller à un ressortissant étranger de recourir au Tribunal fédéral contre le refus de l'autorité. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, aucune affaire n'a été portée devant le Tribunal fédéral. Dans ces cas, le contentieux classique est manifestement inadapté et est incapable de donner satisfaction. Les administrés en sont ainsi réduits à se fonder sur le bon vouloir de l'autorité, même si par hypothèse ils pouvaient faire valoir un point de vue juridiquement fondé.

<sup>5</sup> FF 1977 I, p.170.

## *8. Organisation actuelle du contentieux administratif*

Il convient en dernier lieu de souligner que la rareté relative du contentieux économique porté devant la juridiction administrative du Tribunal fédéral est due à l'organisation actuelle du contentieux.

### *8.1. Clauses d'exclusion du recours au Tribunal fédéral*

En premier lieu, il faut évoquer les clauses d'exclusion du recours de droit administratif au Tribunal fédéral prévues dans la loi fédérale d'organisation judiciaire. Les développements qui précèdent ont d'ores et déjà permis d'illustrer certains problèmes qui sont liés au concept de l'objet du recours tel qu'il est défini dans la notion de décision administrative au sens de l'article 5 LPA. Cela étant, les clauses d'exclusion contenues aux articles 99 à 101 de la loi fédérale d'organisation judiciaire ont pour effet de soustraire au contrôle du Tribunal fédéral une partie des décisions relevant de l'interventionnisme économique de l'Etat. Avant de procéder à un examen de détail de ces dispositions, il faut rappeler que, dans son message à l'appui de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 24 septembre 1965, le Conseil fédéral était semble-t-il parti de l'hypothèse que les décisions ressortissant à la politique économique ne pouvaient être soumises au contrôle du juge. Cela résulte notamment d'un passage du message dans lequel le gouvernement fédéral s'est exprimé comme suit: «les décisions fondées sur la loi fédérale concernant la constitution de réserve de crise de l'économie privée (RO 1952, pages 13 et ss.) ressortissent à la politique économique et ne peuvent par conséquent être soumises au contrôle du juge»<sup>1</sup>.

Les clauses d'irrecevabilité du recours de droit administratif tendent à exclure du champ du recours les décisions qui ne se prêtent pas ou se prêtent mal à un contrôle juridictionnel. Il peut s'agir comme l'a déclaré le Tribunal fédéral<sup>2</sup> de décisions de nature essentiellement technique, d'actes dits de gouvernement comme de décisions purement discrétionnaires ou encore de cas de peu d'importance.

Dans l'ordre, il convient tout d'abord d'évoquer la clause de l'article 99, lettre h) de la loi d'organisation judiciaire déclarant irrecevable le recours en matière d'octroi ou de refus de subven-

<sup>1</sup> FF 1965 II, p.1348.

<sup>2</sup> ATF 103 Ib 315.

tions, crédits, garanties, indemnités et autres prestations pécuniaires de droit public auxquelles la législation fédérale ne confère pas à un droit. La portée de cette disposition est certes tempérée par l'existence d'une lettre d) à l'article 101 qui au contraire ouvre le recours en matière de révocation des subventions, crédits, garanties et indemnités visés à l'article 99, lettre h). Toutefois, cela ne saurait faire oublier qu'un instrument important de l'interventionnisme économique est soustrait à la censure de la juridiction administrative suprême de notre pays. En réalité le législateur lorsqu'il a réorganisé le contentieux administratif fédéral n'a fait sur ce point que se conformer aux solutions adoptées jusqu'alors par la législation en vigueur. SCHMIDHAUSER dans son étude<sup>3</sup> a relevé qu'aux termes de l'ancienne version de la loi fédérale d'organisation judiciaire, un contrôle juridique, s'agissant de l'octroi par la Confédération de subventions ou de contributions, était exclu. Cette exclusion a été motivée soit en raison du caractère discrétionnaire de la subvention, soit en raison de son caractère technique. Ce même auteur a critiqué cette exclusion en mettant en évidence qu'elle n'était pas souhaitable particulièrement en droit économique, dès lors que les subventions y jouent un rôle primordial. Interventionnisme et protectionnisme ne peuvent que difficilement se concevoir sans subventions. SCHMIDHAUSER a ainsi mis en évidence l'importance des subventions et des aides dans le domaine de la législation agricole. Cela concerne aussi bien des mesures relatives au fourrage, à l'agriculture de montagne, au statut du vin, à la réglementation du lait ou à l'élevage ou encore au statut du blé. Le subventionnement joue également un rôle en matière de garanties à l'exportation ou dans le domaine des mesures de défense économique.

GYGI<sup>4</sup> a également critiqué le fait que, dans le domaine de l'administration de promotion, la protection juridictionnelle contre des mesures qui favorisent ou procurent des avantages ne soit pas adaptée aux besoins. Les législations de politique économique prévoyant l'octroi de crédits ou de contributions n'instituent pas une procédure juridictionnelle de contrôle adéquate. Le Tribunal fédéral se fondant sur les dispositions de la loi fédérale d'organisation judiciaire, a accepté de se saisir de recours relatif aux réductions de subventions<sup>5</sup>, il a en revanche régulièrement décliné sa compétence s'agissant de recours dirigés contre des

<sup>3</sup> Op. cit., p.135.

<sup>4</sup> Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel.

<sup>5</sup> ATF 104 Ib 157; 105 Ib 122.

refus de crédits d'investissement dans l'agriculture, de primes pour la fusion de fromageries ou de subventions pour le transport de pommes de terre<sup>6</sup>. Le Conseil fédéral, à diverses occasions, a eu l'occasion de déclarer que le recours de droit administratif au Tribunal fédéral était exclu lorsque l'octroi d'une subvention était discrétionnaire, en particulier lorsque comme en matière d'aide à l'investissement dans les régions de montagne, la subvention a été limitée aux possibilités financières de l'autorité<sup>7</sup>. La législation ne confère un droit à des subventions fédérales selon la jurisprudence que lorsqu'elle en fixe les conditions de manière exhaustive<sup>8</sup>. Comme l'a relevé notamment MACHERET<sup>9</sup>, pour qu'un droit à la subvention soit reconnu et que dès lors le recours au Tribunal fédéral soit ouvert, il faut que celui-ci se fonde sur des réglementations ayant force obligatoire générale à l'exclusion des ordonnances administratives. Cette exclusion vise également les ordonnances administratives interprétatives et celles qui fixent le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire et qui dès lors ont manifestement un effet externe<sup>10</sup>.

Il convient de remarquer que l'exclusion du contrôle juridictionnel du subventionnement dans le domaine économique n'est probablement pas étrangère aux conceptions traditionnelles affichées jusqu'ici par la jurisprudence et la doctrine dominante et selon lesquelles les subventions ne sauraient en elles-mêmes porter atteinte à la liberté d'entreprise. En effet sous réserve du cas improbable où elles opèrent des discriminations arbitraires, les subventions n'ont pas à assurer l'égalité de traitement des entrepreneurs appartenant à la même branche<sup>11</sup>. L'on retrouve ici l'expression d'une conception purement individualiste de la liberté de commerce et d'industrie dont il a été démontré qu'elle était de nature à freiner le développement d'un contrôle juridictionnel actif de l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie privée.

D'autres clauses d'exclusion du recours de droit administratif ont une importance dans le cadre du contentieux juridictionnel du droit administratif économique. Il s'agit tout d'abord de la

<sup>6</sup> Voir ATF 100 Ib 344; 99 Ib 422; 98 Ib 77; 97 I 879. Gygi, *Bundesverwaltung und Rechtspflege*, p. 83 et références citées.

<sup>7</sup> JAA 44 (1980) no 67.

<sup>8</sup> JAA 39 (1975) no 44.

<sup>9</sup> La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, p. 25.

<sup>10</sup> MANFRINI, *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*, p. 208 et ss.

<sup>11</sup> Voir JUNOD, *Problèmes actuels de la constitution économique suisse*, p. 651 et ss.

lettre m) de l'article 100 OJF qui dans le domaine agricole exclut tout recours au Tribunal fédéral s'agissant de décisions concernant l'attribution, le classement et la taxation du fromage ainsi que le contingentement laitier. En second lieu, l'on doit mentionner la lettre b) de l'article 99 de la loi d'organisation judiciaire excluant, sauf en matière d'assurances privées et de perception de droits d'auteur, le recours contre des décisions concernant des tarifs<sup>12</sup>. L'article 99, lettre d) de la loi fédérale d'organisation judiciaire dans la mesure où il déclare irrecevable le recours en matière d'octroi ou de refus de concessions auxquelles la législation fédérale ne confère pas un droit, présente également une certaine importance dans le domaine économique<sup>13</sup>. Finalement, l'on citera l'exclusion contenue dans l'article 100, lettre h) de la loi d'organisation judiciaire qui déclare irrecevable le recours en matière de droits de douane, s'agissant des décisions sur leur perception, en tant qu'elle dépend du classement tarifaire ou de la détermination du poids. Dans un arrêt du 31 janvier 1975, concernant le cas d'un importateur qui sollicitait l'application d'un tarif douanier préférentiel<sup>14</sup>, le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'il convenait de donner une interprétation restrictive à cette disposition; en l'espèce, il a d'ailleurs accueilli ledit recours à la forme. Cela étant, il faut souligner que les conséquences des clauses d'exclusion contenues aux articles 99 et suivants de la loi d'organisation judiciaire, dans la perspective de la protection des droits des particuliers, ne sont pas uniformes. S'agissant du cas qui vient d'être évoqué, soit du recours en matière de droits de douane, le particulier a la possibilité de porter le contentieux en première instance devant une commission de recours. Tel n'est pas le cas dans d'autres domaines, et notamment dans ceux couverts par l'article 99, lettre h) de la loi d'organisation judiciaire.

### *8.2. Décisions définitives*

Aux clauses d'exclusion contenues dans la loi d'organisation judiciaire qui viennent d'être évoquées, il convient d'ajouter les cas où les décisions prises doivent être considérées comme définitives et non susceptibles de recours. Il s'agit tout d'abord des décisions

<sup>12</sup> ATF 103 Ib 315.

<sup>13</sup> Voir s'agissant des domaines régis par des concessions: GRISEL, Droit administratif suisse, p. 143 et 144; KNAPP, La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, p. 376 et 377; MÜLLER, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, p. 199 et ss.

<sup>14</sup> ATF 101 Ib 99; 102 Ib 227.

adoptées par le Conseil fédéral lui-même. Pour des motifs d'équilibre des pouvoirs, sauf exceptions prévues à l'article 98, lettre a) OJF, les actes adoptés par le gouvernement fédéral demeurent soustraits à la censure du juge administratif<sup>15</sup>. Cette exclusion a pour effet dans le domaine du droit économique d'empêcher tout contentieux à propos de décisions qui relèvent des «actes de gouvernement», soit par exemple, la fixation de la parité du franc suisse que le Conseil fédéral détermine par voie d'arrêté après avoir pris l'avis de la direction générale de la Banque nationale suisse ainsi que le prévoit l'article 2 de la loi fédérale sur la monnaie<sup>16</sup>. En second lieu, il s'agit des décisions prises par des autorités inférieures au Conseil fédéral que la loi déclare définitives et non susceptibles de recours. Nous citerons à titre d'exemple, l'article 16, lettre h), alinéa 3 de la loi fédérale sur la Banque nationale s'agissant des décisions prises par la commission nommée par le Conseil fédéral pour statuer sur les demandes d'autorisation d'émission publique.

### *8.3. Complexité du contentieux de première instance*

GYGI, à diverses occasions<sup>17</sup>, a mis en lumière le fait que le contentieux en droit administratif économique était entravé par la multiplicité des instances qui rallonge les procédures. Cet auteur a dénoncé ainsi le caractère fragmentaire de l'organisation des juridictions administratives. Dans le domaine de la législation agricole, s'agissant des mesures prises par des organismes indépendants de l'administration, la compétence de trancher les litiges est partagée entre la voie administrative, le recours de droit administratif, les commissions ayant des fonctions d'arbitrage et le juge ordinaire. Avant que l'affaire aboutisse au Tribunal fédéral, plusieurs instances doivent ainsi être épuisées.

GRISEL, dans son traité<sup>18</sup>, a indiqué que le nombre des commissions de recours qui sont des tribunaux administratifs spéciaux chargés de trancher, dans un domaine limité, des contestations dont l'examen requiert des connaissances techniques, avait tendance à se restreindre. Cette tendance va de pair avec l'élargissement des compétences du Tribunal fédéral, élargissement qui a impliqué, dès le 1<sup>er</sup> octobre 1969, la soumission des déci-

<sup>15</sup> Voir MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, p. 18 et références citées.

<sup>16</sup> RS 941.10.

<sup>17</sup> Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, p. 91; Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, p. 50.

<sup>18</sup> Droit administratif suisse, p. 488 et 489.

sions des commissions de recours à la censure du Tribunal fédéral<sup>19</sup>. Dans le domaine du droit administratif économique, force est toutefois de constater que, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire du 20 décembre 1968, la tendance décrite ci-dessus ne s'est pas véritablement confirmée.

Quelques mois après la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le Parlement a adopté la loi du 27 juin 1969 sur la commercialisation du fromage qui a institué deux nouvelles commissions de recours dont les décisions sont soustraites au recours au Tribunal fédéral en contradiction avec le principe institué par l'article 98, lettre e) OJF. Lors de l'adoption de l'arrêté fédéral du 7 octobre 1977 sur l'économie laitière, il a également été prévu que les décisions prises dans le cadre du contingentement laitier peuvent faire l'objet de recours devant des commissions régionales, puis devant une commission supérieure qui statue définitivement sans recours possible au Tribunal fédéral et dont le fonctionnement est réglé par une ordonnance du Conseil fédéral du 17 mars 1980<sup>20</sup>. Aucune des commissions de recours existantes ayant à trancher des litiges de nature économique n'a été supprimée. Ainsi notamment, la commission de recours relative à l'approvisionnement du pays en blé, la commission de recours en matière de droits de douane, la commission de recours en matière de contrôle officiel de la qualité dans l'industrie horlogère suisse, la commission arbitrale en matière de réserves obligatoires continuent à exercer leurs fonctions. Il sied de citer par ailleurs la procédure d'arbitrage réservée par l'arrêté fédéral concernant la société coopérative suisse des céréales et matières fourragères à l'article 5, alinéa 2<sup>21</sup>.

SCHMIDHAUSER, dans son ouvrage<sup>22</sup>, a justifié l'existence des commissions de recours par le caractère technique de la matière et le fait qu'il s'agit de décisions avant tout de nature économique qui ne peuvent pas être confiées à des juridictions ordinaires. Cela étant, l'on ne saurait oublier les inconvénients liés à cette forme de juridiction administrative, qui tiennent au fait que les membres de celles-ci n'ont aucune vue d'ensemble du droit administratif, la jurisprudence des différentes commissions pouvant

<sup>19</sup> Voir F. BENDEL, *Gedanken und Vorschläge zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbareit im Bunde*, p. 228.

<sup>20</sup> RS 916.350.106.

<sup>21</sup> RS 916.112.218.

<sup>22</sup> Op. cit., p. 84.

diverger. Par ailleurs, bien que composées de spécialistes, les membres des commissions n'exercent pas toujours à plein temps leur fonction, ce qui peut nuire au fonctionnement de ces dernières. Le justiciable ne concède pour le surplus aux commissions de recours qu'une relative indépendance par rapport à l'administration<sup>23</sup>.

Jusqu'ici les souhaits exprimés notamment par BENDEL<sup>24</sup> en vue d'une harmonisation des réglementations régissant le fonctionnement des commissions de recours ne s'est concrétisé que par une ordonnance du Conseil fédéral du 3 septembre 1975 qui uniformise la réglementation relative aux commissions de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants et invalidité, à la commission fédérale de recours de l'alcool, à la commission fédérale de recours des blés et à la commission fédérale de recours en matière de douane<sup>25</sup>. Les informations en notre possession indiquent toutefois que la commission d'experts chargée de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire a prévu d'intégrer dans la loi fédérale sur la procédure administrative un chapitre consacré à l'organisation uniforme des commissions fédérales de recours et d'arbitrage.

La relative complexité du contentieux résulte non seulement comme nous venons de le voir du fonctionnement de diverses commissions de recours, mais encore de l'existence de recours administratifs qui doivent être épuisés par le particulier avant de pouvoir porter le litige devant le Tribunal fédéral. Ce phénomène est particulièrement marqué dans le domaine de la législation agricole. Les articles 59 à 61 de l'ordonnance relative à des dispositions de caractère économique de la loi sur l'agriculture<sup>26</sup> prévoient que les décisions prises par les organismes chargés de collaborer à l'exécution de la loi sur l'agriculture doivent faire l'objet d'un recours préalable à l'Office fédéral de l'agriculture. Ce mode de règlement du contentieux qui prévoit en première instance un recours à l'autorité de surveillance ou à l'autorité hiérarchique supérieure est par ailleurs consacré par les diverses

<sup>23</sup> Voir le rapport de ZWAHLEN à la Société suisse des juristes sur le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, RDS 1947, p. 105a et ss, 128a et ss. Voir aussi MACHERET, De la juridiction administrative du Tribunal fédéral, Neuvième journée juridique, Genève 1969, p. 103 et ss, 114; KNAPP, Précis de droit administratif, p. 208.

<sup>24</sup> Gedanken und Vorschläge zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, p. 238 et 239.

<sup>25</sup> RS 831.161.

<sup>26</sup> RS 916.01.

réglementations relatives à la vente du bétail et du commerce de boucherie, au marché des œufs, à celui de la laine de mouton ainsi qu'en matière de taxes sur le lait de consommation<sup>27</sup>. Lorsque les décisions sont prises en première instance par la Division de l'agriculture, elles doivent faire l'objet d'un recours préalable au Département fédéral de l'économie publique conformément à l'article 98, lettre c) de la loi fédérale d'organisation judiciaire avant de pouvoir être portées devant le Tribunal fédéral. Le Département fédéral de l'économie publique est par ailleurs désigné en tant qu'instance de recours dans les législations relatives à la broderie<sup>28</sup> et à l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature<sup>29</sup>. Un autre exemple qui peut être mentionné concerne la législation sur le contrôle du commerce des métaux précieux<sup>30</sup>. La loi fédérale prévoit en la matière que les décisions prises par les bureaux de contrôle doivent être successivement portées devant le Bureau central de contrôle, puis au Département fédéral des finances et des douanes avant de pouvoir, le cas échéant, faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Le contentieux à plusieurs échelons est illustré également par la réglementation relative à l'importation de pommes et de poires de table : les décisions du service des importations et des exportations peuvent faire l'objet d'un recours administratif à la Division fédérale du commerce. Les décisions de cette dernière peuvent être portées devant le Département fédéral de l'économie publique. Enfin les décisions du Département fédéral de l'économie publique peuvent, suivant la législation appliquée, faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral ou au contraire au Conseil fédéral<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> RS 916.301; 916.341; 916.371; 916.361; 916.358.3.

<sup>28</sup> RS 934.22.

<sup>29</sup> RS 935.12.

<sup>30</sup> RS 941.31.

<sup>31</sup> RS 916.132.11.

#### **IV. Nécessité d'un renforcement du contrôle juridictionnel**

Aux termes de l'analyse qui précède, force nous est de remarquer à l'instar de SAVY que l'on aboutit au constat d'une certaine «crise» du contentieux juridictionnel dans le domaine des interventions économiques de l'Etat<sup>1</sup>. Cette crise est le reflet en dernière analyse de la remise en cause des concepts traditionnels du droit administratif par les nouvelles formes que revêtent les interventions de l'Etat dans le secteur économique. Ces nouvelles formes, ainsi que nous avons tenté de le montrer, bousculent tour à tour le concept de légalité, la distinction du droit privé et du droit public, la notion de décision et les différences qui existent entre celle-ci et d'une part l'acte contractuel et d'autre part l'acte normatif. La difficulté qu'éprouve le juge administratif à contrôler la légalité des mesures économiques de l'Etat n'est dans cette perspective que le signe d'une inadaptation plus générale des institutions classiques du droit administratif. Il ne nous appartient pas dans le cadre de cette étude d'approfondir en détail cet aspect de la question. L'on peut néanmoins s'interroger sur l'adéquation des concepts développés aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence à la fin du siècle passé en fonction d'une administration dont les tâches se limitaient pour l'essentiel à des activités de police. Le concept de règle de droit, la théorie des ordonnances et la notion de décision administrative ont été forgés lors de l'avènement de l'Etat libéral en fonction d'une activité de restriction des libertés individuelles et du droit de propriété<sup>2</sup>. On mesure le fossé qui existe entre l'administration moderne et les concepts classiques du droit administratif, si l'on compare la notion traditionnelle de l'autorisation de police autour de laquelle s'est historiquement construit le droit administratif et par exem-

<sup>1</sup> Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration, p. 10.

<sup>2</sup> Voir MANFRINI, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, p. 44 et ss et références citées.

ple les méthodes quasi contractuelles à la frontière entre le droit public et le droit privé utilisées jusqu'à une époque récente par la Banque nationale en vue de réaliser la politique monétaire. Comme l'a justement souligné FORSTHOFF<sup>3</sup> dans le domaine de l'administration interventionniste, on se trouve en présence de nouvelles structures juridiques qui sont encore en plein développement et qui ne peuvent pas être complètement comprises à partir des notions traditionnelles du droit administratif. Ce même auteur a relevé que l'administration interventionniste travaille dans des circonstances qui échappent complètement aux techniques de protection des libertés et de contrôle juridique telles que les a développés l'Etat de droit libéral. Les contacts entre l'individu et l'Etat ne se produisent plus seulement comme au XIXe siècle à l'occasion d'actes isolés tels qu'une mesure de police ou une autorisation. Ces contacts sont aujourd'hui permanents, dès lors «souvent il ne s'agit plus pour l'individu de défendre son droit dans un cas particulier où l'administration a mal agi, mais il s'agit d'aménager ces relations permanentes avec l'administration de tel façon que celles-ci soient aussi bonnes et aussi avantageuses que possible. Plus on est socialement fort, plus on a de possibilités, non pas d'introduire un recours, mais d'engager des négociations. On aboutit à un arrangement selon le principe du *do ut des*».

FORSTHOFF poursuit son analyse en insistant sur le fait que les nouvelles formes d'administration ont ruiné aussi une technique traditionnelle utilisée pour protéger les libertés et déterminer l'étendue du contrôle juridictionnel: la définition du concept d'acte administratif limité à l'administration restrictive n'englobe plus les fonctions administratives aujourd'hui les plus importantes qui consistent à fournir des prestations ou à distribuer des biens.

L'on doit constater que cette approche critique du droit administratif n'avait jusqu'à une époque récente rencontré qu'un écho limité en droit suisse. Il suffit de se rappeler que ce n'est que récemment que le Tribunal fédéral a finalement décidé d'étendre l'application du principe de la légalité à l'administration de promotion, dont l'importance en droit administratif économique est indéniable<sup>4</sup>.

La diversité des moyens d'intervention de l'Etat dans la vie économique démontre qu'il ne suffit plus pour rendre compte de

<sup>3</sup> Traité de droit administratif allemand, p.133.

<sup>4</sup> ATF 103 Ia 380; 104 Ia 446.

la réalité de décrire comme institution centrale du droit économique la notion d'autorisation de politique économique souvent conçue par la doctrine comme une simple forme modifiée de l'autorisation de police classique (nature discrétionnaire de l'octroi de l'autorisation et clauses accessoires).

Le développement du contentieux en droit administratif économique nécessite dès lors probablement une nouvelle approche des institutions du droit administratif.

SCHRANZ, dans un intéressant article consacré au rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial belge<sup>5</sup>, a proposé d'analyser, en vue d'en optimaliser le fonctionnement, l'efficacité sociale de l'institution juridictionnelle dans l'activité économique. Dans cette perspective, cet auteur a relevé que toute institution juridique ou judiciaire et cela s'applique bien évidemment également à l'égard des juridictions administratives, doit être mise au service d'un optimum réalisant l'équilibre entre l'efficacité économique d'une part et l'efficacité de l'ordre juridique d'autre part. L'application d'une analyse, coût bénéfice, au fonctionnement actuel de la juridiction administrative en droit économique n'est pas de nature à rassurer et à produire un bénéfice net évident en faveur de la collectivité. Il est certain que le caractère marginal du contentieux en droit administratif économique ne plaide pas dans une perspective purement comptable, pour le maintien des juridictions. En termes «froidement économiques» et selon l'expression utilisée par SCHRANZ, l'on peut considérer que dans le domaine qui nous préoccupe et en raison des difficultés que ont été esquissées «la justice ne paie pas». Cette constatation doit à nos yeux aboutir à une amélioration du fonctionnement des juridictions administratives, mais en aucun cas à leur condamnation. Comme l'a relevé à juste titre DRAGO<sup>6</sup>, les motifs de droit ou de fait sur lesquels sont fondées les décisions économiques doivent pouvoir donner lieu à un contrôle de la part du juge administratif. Il s'agit là d'une nécessité politique. Cette nécessité est reconnue par l'ensemble de la doctrine<sup>7</sup>. Les garanties fournies par les règles relatives à

<sup>5</sup> Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial belge, p. 133 et ss notamment 145 à 149.

<sup>6</sup> Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p. 469.

<sup>7</sup> Voir notamment GYGI, Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut, p. 137; du même auteur, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, p. 90; SCHMIDHAUSER, op. cit., p. 9; JUNOD, Les garanties institutionnelles de la liberté du commerce et de l'industrie, p. 109 et ss; DE CAPITANI, Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus, p. 147 et ss.

l'indépendance des fonctionnaires publics, les règles de procédure non contentieuse et la surveillance exercée à l'intérieur de l'administration ne peuvent remplacer le contentieux individuel dans la perspective de la sauvegarde des droits des agents économiques. Pour le surplus, DELMAS MARSALET<sup>8</sup> a justement souligné que le développement des interventions économiques de l'Etat risque, s'il n'est pas sérieusement contrôlé, d'introduire dans l'économie un climat d'insécurité juridique peu propice à la réalisation d'une croissance harmonisée qui en constitue l'objectif majeur. Il est essentiel que le juge exerce sur la légalité des interventions un contrôle effectif car celles-ci portent directement atteinte soit à la liberté de commerce et d'industrie, soit à l'égalité entre entreprises dans les conditions de concurrence. Les pouvoirs de l'administration ne peuvent être limités que par un contrôle adéquat effectué par les juridictions administratives. Certes, le degré d'influence du juge varie suivant les diverses branches du droit économique. Cela étant, dans certains domaines où les décisions revêtent encore un caractère juridique marqué, c'est notamment le cas dans celui de la police économique, l'influence des juridictions administratives peut se faire sentir de manière réelle en délimitant l'interprétation qu'il convient de donner à la loi dans le respect à la fois de l'intérêt public et des intérêts privés.

Il ne fait aucun doute qu'en raison même des implications et des causes multiples des difficultés auxquelles se heurte l'exercice du contrôle juridictionnel dans le domaine du droit administratif économique, l'amélioration de ce contrôle implique l'adoption de mesures qui dépassent le stade purement contentieux. Dans cette perspective, SAVY<sup>9</sup> a mis en évidence et a développé l'idée selon laquelle le renforcement du contrôle du juge passe en premier lieu par le renforcement de la légalité en matière économique. Tout en admettant que la légalité ne doit pas être un frein pour l'administration et doit laisser à cette dernière le soin d'apprécier l'opportunité économique de ces mesures, cet auteur a insisté pour que les normes fixent de manière plus précise le cadre des interventions économiques de l'administration. Un effort de rigueur est souhaitable en la matière, afin que le principe constitutionnel de la légalité ne soit pas vide de sens. Cet effort sert non seulement les administrés, mais contribue également à rendre

<sup>8</sup> Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, p. 146.

<sup>9</sup> Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration, p. 11 et ss.

plus cohérente l'action de l'administration elle-même. Seules des normes plus précises permettront au juge de forger des instrument de contrôle efficaces et aboutiront selon l'expression utilisée par DRAGO à «un recul du pouvoir discrétionnaire en matière économique »<sup>10</sup>.

Les limites de la présente étude nous empêchent de développer ici cet aspect de la question. Les considérations qui vont suivre se borneront à esquisser au plan contentieux les quelques mesures qui pourraient être envisagées en vue de donner plus de vigueur au contrôle des décisions économique de l'Etat.

### *1. Interprétation téléologique de la notion d'acte sujet à recours*

Ainsi que nous l'avons rappelé dans la première partie de cette étude, aux termes des dispositions en vigueur de la loi fédérale d'organisation judiciaire, la procédure de recours qui ouvre le contentieux n'est possible qu'à l'égard des décisions administratives. Cela résulte des articles 97 de la loi fédérale d'organisation judiciaire ainsi que des articles 1, 5 et 44 de la loi fédérale sur la procédure administrative. Les développements faits dans les chapitres précédents ont permis de mettre en lumière les caractéristiques liées au concept de décision, ainsi que les limites de celui-ci, limites qui ont pour conséquence d'exclure du champ du contentieux un certain nombre de mesures adoptées par l'administration dans le cadre de ses interventions économiques.

#### *1.1. Extension du concept de l'acte sujet à recours*

Dans son précis de droit administratif, KNAPP<sup>1</sup> propose d'opérer une distinction entre la notion d'acte administratif et celle de décision administrative au sens étroit du terme. Tout acte juridique unilatéral de droit public de l'Etat qui n'est ni législatif, ni judiciaire, est un acte administratif au sens large. Selon cet auteur, la décision n'est qu'une espèce d'acte administratif qui a des effets sur la situation des particuliers. Les actes administratifs qui ne répondent pas à la notion stricte de la décision, ont des conséquences juridiques sans affecter directement la situation des particuliers. Parmi les actes administratifs au sens large, figurent les

<sup>10</sup> Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p.475.

<sup>1</sup> P.111 et références citées, voir aussi FORSTHOFF, Traité de droit administratif allemand, p.310.

mises en garde, les renseignements, les promesses, les actes d'organisation, ainsi que les actes détachables.

Cette classification des actes étatiques trouve un écho dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi dans un arrêt Dumas du 5 mars 1980<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral a indiqué que dans le langage du droit public le mot décision, au sens large, vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique. Au sens étroit, en revanche, la décision est un acte qui tout en répondant à cette définition intervient dans un cas individuel et concret. La notion d'acte administratif au sens large figure également dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux adjudications. Ainsi par exemple, dans un arrêt Chiesa du 7 mai 1980<sup>3</sup>, le Tribunal fédéral a considéré que la résolution prise par la collectivité d'adjudiquer des travaux publics à une entreprise constitue un acte administratif lato sensu, mais non une décision sujette à recours au sens étroit du terme. De l'avis des juges, elle n'a en effet pas pour effet de régler de manière impérative les droits et devoirs des particuliers face à l'Etat. La doctrine et la jurisprudence considèrent donc traditionnellement que seules les décisions à l'exclusion des actes administratifs, au sens large, peuvent faire l'objet d'un contentieux devant une juridiction administrative.

Face aux nouvelles formes d'interventionnisme de l'Etat dans l'économie, il est à nos yeux indispensable d'adopter une interprétation téléologique de l'objet du recours. Pour reprendre la formule de GYGI<sup>4</sup>, nous dirons que la notion procédurale de décision sujette à recours doit recouvrir toutes les mesures dont un intérêt juridique commande à ce qu'elles n'entrent pas en force avant d'avoir fait l'objet d'un contrôle juridictionnel. C'est ainsi par exemple, de l'avis de cet auteur, le besoin de protection juridique qui exige que l'on assimile à une décision sujette à recours la mise en demeure ou la commination qui précède une mesure administrative d'exécution. C'est un point de vue analogue qu'a exprimé HALTNER<sup>5</sup> à propos de la recevabilité du recours dirigé contre une «Allgemeinverfügung».

Cette approche n'est pas totalement étrangère à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au recours de droit administra-

<sup>2</sup> ATF 106 Ia 65.

<sup>3</sup> ATF 106 Ia 323 et ss.

<sup>4</sup> Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 98.

<sup>5</sup> Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 130 et références citées.

tif. Ainsi dans un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1971<sup>6</sup>, c'est essentiellement sur des considérations de protection juridique que le Tribunal fédéral s'est fondé pour déclarer recevable un recours dirigé par l'Association des pharmaciens bernois contre la décision prise par les Chemins de fer fédéraux d'ouvrir une pharmacie dans la gare de Berne. Une telle résolution de l'autorité, comme l'a justement souligné Gygi, s'apparente plus à une mesure d'organisation qu'à une décision au sens strict du terme<sup>7</sup>. Conformément à l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, la mesure prise par l'autorité dans le cas d'espèce n'avait pas pour effet direct de créer, modifier ou annuler les droits ou obligations des pharmaciens concernés. Le Tribunal fédéral a néanmoins reconnu que les recourants pouvaient se prévaloir d'un intérêt digne de protection au sens de l'article 103 de l'OJF qui justifiait l'exercice d'un contrôle juridictionnel. Le même commentaire s'applique à une décision du Conseil des écoles de l'EPF qui a statué sur recours dirigé contre un ordre de service du président de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich relatif au transfert des bâtiments scolaires dans la périphérie de la ville<sup>8</sup>. En se fondant ici encore sur le critère de l'utilité du contrôle juridictionnel, l'autorité a déclaré recevable le recours.

C'est dans le cadre de la jurisprudence relative à la recevabilité du recours de droit public que se trouve consacrée avec le plus de clarté l'interprétation téléologique des actes en fonction du besoin de protection juridictionnelle des particuliers.

Il y a lieu de mentionner tout d'abord la jurisprudence relative aux plans d'aménagement. Dans un arrêt Binda du 13 mai 1964<sup>9</sup>, le Tribunal fédéral avait à statuer sur un recours de droit public dirigé contre un plan régulateur d'aménagement dans la commune de Sementina. La question qui se posait était de savoir s'il convenait de ranger ledit plan dans la catégorie des dispositions générales et abstraites ou au contraire dans celle des décisions. Pour statuer sur la recevabilité du recours, le Tribunal fédéral a considéré que le besoin de protection juridique du particulier était déterminant. A cette fin, il a examiné si les propriétaires touchés pouvaient dès la communication du plan, en mesurer toutes les conséquences et se prémunir contre elles, compte tenu

<sup>6</sup> ATF 97 I 591.

<sup>7</sup> Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 104.

<sup>8</sup> JAA 39 (1975) no 59.

<sup>9</sup> ATF 90 I 345 et ss; voir aussi GRISEL, Droit administratif suisse, p. 410 et 411; KNAPP, Précis de droit administratif, p. 155.

du fait, qu'en principe, il n'y a pas de possibilité de contrôle incident d'une décision lors de son exécution<sup>10</sup>. Une jurisprudence analogue a été récemment développée s'agissant de la recevabilité du recours de droit public dirigé contre des plans directeurs en se fondant sur la nature des effets juridiques déployés par le plan d'aménagement et sur le besoin de protection juridique du citoyen<sup>10bis</sup>.

C'est un raisonnement identique que tient le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente relative à la recevabilité du recours de droit public dirigé contre des ordonnances administratives. Dans son arrêt Gross<sup>11</sup>, il a jugé que dans l'intérêt d'une protection efficace des droits fondamentaux, il convenait d'admettre que les ordonnances administratives pouvaient être attaquées par la voie du recours de droit public lorsque, d'une part, les règles qu'elles contiennent ne constituent pas seulement des directives internes aux fonctionnaires mais touchent aussi directement ou indirectement la position juridique d'une personne privée et d'autre part, lorsque l'irrecevabilité du recours par voie d'action aurait pour conséquence de voir le particulier dans l'impossibilité de s'opposer ultérieurement à la mise en œuvre des normes contenues dans l'ordonnance administrative faute de décision ouvrant la voie du contrôle juridictionnel. Cette jurisprudence a été confirmée à diverses reprises notamment dans un arrêt Stauffacher du 13 juillet 1979<sup>12</sup>. L'arrêt Unione studi d'ingegneria ticinesi<sup>13</sup> présente dans la perspective de cette étude un intérêt particulier. L'objet du litige concernait une circulaire que le Conseil d'Etat du canton du Tessin avait adressée aux communes concernant la politique à adopter en matière de soumissions de travaux publics. Bien que formulée sous forme de recommandations, la circulaire avait pour effet d'exclure certains entrepreneurs des soumissions. Le Tribunal fédéral a été saisi par l'Association des ingénieurs tessinois; il a déclaré le recours recevable en estimant que la nécessité de sauvegarder les libertés individuelles justifiait le fait que l'on passe outre au caractère purement indicatif de la circulaire pour lui reconnaître les caractéristiques d'un acte faisant grief. Le raisonnement du Tribunal fédéral est justifié par le fait qu'il apparaissait en l'espèce que les entrepreneurs évincés ne

<sup>10</sup> AUBERT, Traité de droit administratif suisse, T II, p. 595, no 1654.  
<sup>10bis</sup> ATF 107 Ia 77.

<sup>11</sup> ATF 98 Ia 508, voir aussi à ce sujet, MANFRINI, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, p. 251 et ss.

<sup>12</sup> ATF 105 Ia 349; voir aussi ATF Ia 148; 102 Ia 185; 387.

<sup>13</sup> ATF 102 Ia 533.

pouvaient pas attaquer ultérieurement les décisions attribuant à d'autres entreprises les travaux publics faisant l'objet de la soumission.

Mutatis mutandis, il apparaît, au vu des développements faits dans la première partie de cette étude, qu'il existe des mesures prises par l'administration dans le domaine économique qui, à l'instar des ordonnances administratives visées par le Tribunal fédéral n'ont pas pour objet un acte d'imperium destiné à modifier, créer ou supprimer unilatéralement des droits des particuliers, mais qui néanmoins sont des actes qui déploient des effets juridiques pour ces derniers. Ces mêmes actes sont de nature à toucher les entrepreneurs privés dans leur position concurrentielle de sorte que ceux-ci ont un intérêt légitime digne de protection à voir un contrôle juridictionnel s'exercer à leur égard. Dans ces domaines, l'action de l'administration ne prend pas la forme d'une décision au sens strict du terme pouvant donner lieu à un contentieux direct, soit parce que l'administration intervient sous des formes de droit privé, soit parce qu'elle agit par le biais de simples recommandations ou encore parce que l'intervention économique de l'Etat revêt des formes purement contractuelles. Déclarer le recours irrecevable revient à priver les agents économiques de la possibilité de faire censurer d'éventuels détournements de pouvoir commis par l'autorité. C'est dire que les mêmes motifs qui justifient la recevabilité du recours de droit public s'appliquent en pareil cas, à nos yeux, au recours de droit administratif. Un exemple parmi d'autres, auquel l'on peut songer est celui du cas où une banque se «soumet» à une recommandation du secrétariat de la Commission fédérale des banques. Formellement, cette recommandation ne prend pas la forme d'une décision qui relève d'ailleurs de la compétence de la Commission elle-même. Or, on peut parfaitement imaginer qu'un créancier bancaire ait un intérêt digne de protection à contester le bien-fondé de la mesure que l'autorité a prise à l'égard de la banque dont il est client. En pareilles circonstances, débouter le recourant au motif de l'absence d'acte faisant grief, reviendrait à le priver de toute protection juridictionnelle dès lors, que par définition et en raison même de l'acquiescement du destinataire direct de la mesure, celle-ci ne donnera pas lieu ultérieurement à une décision sujette à recours.

Le domaine privilégié d'application des principes qui viennent d'être énoncés, est constitué par le droit administratif privé dont l'importance en droit économique a été mise en évidence dans les chapitres précédents de cette étude. En fonction de la théorie de

la finalité d'intérêt public, le droit administratif privé vise l'intervention de l'administration qui use des formes de droit privé dans des situations où des techniques de droit public seraient aussi à leur place<sup>14</sup>. Comme l'a relevé FORSTHOFF<sup>15</sup>, même si elle abandonne les formes traditionnelles de l'exercice de la puissance publique et se sert des formes de droit privé, l'administration demeure une administration publique. Dès lors se pose la question de la protection juridictionnelle dont doivent bénéficier les particuliers. Cette protection juridictionnelle s'impose d'autant plus si l'on considère, à l'instar d'une partie de la doctrine<sup>16</sup>, que l'administration est liée par le respect des droits constitutionnels du citoyen lorsqu'elle utilise du droit privé pour la réalisation d'un but d'intérêt public. Exprimée en Allemagne, notamment par BADURA, cette thèse est soutenue en Suisse par GRISEL<sup>17</sup>, et, comme l'a relevé MÜLLER dans son ouvrage<sup>18</sup>, notamment par HUBER, IMBODEN et SALADIN.

GYGI, dans son étude relative à l'interventionnisme économique, préconise également l'extension du contrôle exercé par la juridiction administrative à l'application du droit administratif privé (*Verwaltungsprivatrecht*) dans la mesure où il doit être soumis aux mêmes limites et principes juridiques que les autres formes d'intervention de l'Etat dans la vie économique<sup>19</sup>. Il n'est pas logique de reconnaître, comme le fait par exemple SCHÜRMANN à propos de l'activité de la Banque nationale<sup>20</sup>, que l'administration, même lorsqu'elle agit dans les formes de droit privé, doit s'en tenir au cadre fixé par la loi et veiller au respect de l'intérêt public et en même temps refuser aux particuliers l'accès aux juridictions administratives, juridictions qui constituent une garantie institutionnelle essentielle de leur liberté. MERZ dans son étude<sup>21</sup> a clairement démontré que les accords contractuels passés par la Banque nationale avec l'Association suisse des banquiers peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté de commerce et d'industrie. Il ne s'agit pas seulement de la liberté des banques elles-mêmes qui par le biais de limitations unilatéra-

<sup>14</sup> MOOR, Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, p.160.

<sup>15</sup> Traité de droit administratif allemand, p.132.

<sup>16</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p.306, en particulier note 266 et références citées.

<sup>17</sup> Droit administratif suisse, p.51.

<sup>18</sup> Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, p.329 et ss.

<sup>19</sup> Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, p.90.

<sup>20</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p.274.

<sup>21</sup> Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, p.145 et ss.

lement acceptées de la politique de crédit, voient leur liberté d'action sur le marché se restreindre. Certaines conventions qui visent par exemple l'encouragement de l'économie d'exportation dérogent en effet à la neutralité structurelle des mesures de politique monétaire. Les limitations de crédit, l'interdiction de rémunérer les fonds étrangers, l'intérêt négatif interviennent directement sur le marché de l'argent.

A l'instar de DELMAS MARSALET<sup>22</sup> nous estimons que pour éviter un démembrément du contrôle de la légalité face à de nouvelles formes d'interventionnisme économique, il convient d'étendre le contentieux aux interventions indirectes de l'Etat sur le marché, ainsi qu'aux procédés d'incitation, même s'ils prennent la forme d'acte de commerce. Ce qui est déterminant pour justifier l'ouverture du contentieux administratif, c'est moins l'existence d'un moyen d'autorité utilisé par la collectivité publique que le but d'intérêt public poursuive par cette même autorité au travers de son action. DELMAS MARSALET, en citant par exemple la fixation du taux d'escompte par la Banque de France où les opérations d'achat et de vente effectuées par des organismes de l'administration en vue d'obtenir la régulation de marchés agricoles a démontré que le critère du procédé employé ou de la forme utilisée par l'Etat pour son intervention économique ne doit pas être déterminante pour la recevabilité du recours. Cet auteur a ainsi souligné :

« Bien que les procédés de l'interventionnisme se ramènent souvent à l'accomplissement d'actes de commerce dans des conditions de droit commun, les interventions n'en gardent pas moins un caractère administratif dans la mesure où elles tendent à assurer, par exemple, l'équilibre des marchés, en dehors de toute idée de profit ou même de fourniture de biens et de services à des usagers. Cet objectif correspond, en effet aux responsabilités administratives nouvelles que l'Etat se reconnaît dans ce domaine et non à des tâches industrielles ou commerciales.

Pour éviter de telles confusions, il nous paraît nécessaire de redonner la primauté, dans la définition des services publics d'intervention économique, au but poursuivi par rapport au procédé employé. Dès lors que ce but n'est pas immédiatement et directement la production de biens et de services, mais un intérêt général correspondant aux responsabilités nouvelles de l'Etat en matière économique, l'intervention se rattache à l'exécution d'un service public administratif quelque soit le procédé employé »<sup>23</sup>.

Cette extension souhaitable du contentieux s'inscrit dans le sens de la jurisprudence Pri Molk du 17 octobre 1975 du Tribunal fédéral<sup>24</sup>. L'on rappellera que dans cet arrêt, la juridiction

<sup>22</sup> Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, p. 143 et ss; voir aussi LAUBADÈRE, Droit public économique, p. 450–452.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 144.

<sup>24</sup> ATF 101 Ib 306 et ss.

suprême de notre pays a déclaré recevable à la forme un recours de droit administratif dirigé contre un refus de contracter émanant d'un organisme privé chargé de tâches publiques, en l'occurrence l'Union suisse du commerce de fromage. Ce refus de contracter a été assimilé à une décision au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative en dépit du fait que l'organisme privé en cause exerçait ses fonctions en concluant des contrats de droit privé avec les agents économiques. Le Tribunal fédéral s'est ainsi exprimé comme suit:

«Wiewohl nun zwar das Verhältnis zwischen der Käseunion und den einzelnen Inlandgrossisten durch einen Vertrag geordnet wird, der alle Merkmale eines privatrechtlichen Vertrages aufweist (vgl. Botschaft zur Käsemarktordnung in BBl 1968 I 1041), findet doch auch die vertragliche Bindung zwischen Käseunion und Zwischenhändler ihre Grundlage im öffentlichen Recht; sie stellt eine der geeigneten Maßnahmen dar, die im Rahmen der Zielsetzungen der Käsemarktordnung im Blick auf eine zweckmäßige Käsevermarktung getroffen werden».

Comme l'a relevé SALADIN<sup>25</sup> dans la qualification des diverses mesures de l'Etat, en particulier lorsque celles-ci prennent une forme contractuelle, il convient d'examiner si la qualification choisie n'est pas de nature à empêcher un «hinreichender Rechtsschutz». Cet auteur se réfère à titre d'exemple aux soumissions de travaux publics: la qualification contractuelle de droit privé de la jurisprudence a empêché le contrôle du respect de l'article 4 de la Constitution et d'autres droits constitutionnels en limitant les droits du tiers lésé à l'action civile basée sur la culpa in contrahendo. SALADIN a de manière parfaitement claire souligné que la notion de décision au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative ne constitue pas un concept dogmatique préétabli, mais bien au contraire «ein Zweckinstitut».

### *1.2. Actes détachables*

Pour faciliter la solution contentieuse du problème posé par une action administrative qui semble relever du pur droit civil, la jurisprudence en Allemagne a développé une théorie qui distingue deux processus dans une action qui semble être unique. Les deux processus, comme l'a relevé FISCHER dans son rapport<sup>26</sup> s'effectuent l'un après l'autre. On parle donc d'une théorie de deux échelons ou en allemand de «Zweistufentheorie». Cette théorie a été développée pour garantir une protection juridic-

<sup>25</sup> Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 69.

<sup>26</sup> Le contrôle de la légalité des mesures administratives prises à l'égard des entreprises privées en vue de favoriser ou de réglementer le développement économique, p. 28 et 29.

tionnelle efficace dans les situations où les formes du droit public et du droit privé se combinent en particulier dans le cas des aides financières de l'Etat en faveur des particuliers<sup>27</sup>. S'agissant de la politique d'incitation sous forme de prêts, la jurisprudence a ainsi opéré la distinction entre l'octroi du prêt qui est décidé par un acte de puissance publique et l'exécution qui se déroule dans les formes de droit privé, par exemple, celle d'un prêt hypothécaire. Le premier échelon, soit l'octroi du prêt, est un acte administratif qui peut être frappé de recours devant les juridictions administratives allemandes pour excès de pouvoir. La justification de cette théorie réside dans le fait qu'il est des actes de droit privé qui servent le dirigisme de l'Etat, actes dont le processus d'adoption implique l'intervention des éléments appartenant au droit public qui limitent l'autonomie de l'administration.

Dans le même sens et dans le but de fournir une réponse à la privatisation des modes d'intervention de l'Etat, la jurisprudence du Conseil d'Etat français dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, a développé la notion de l'acte détachable<sup>28</sup>. Comme l'a relevé MICHEL dans son étude relative à la conclusion des marchés publics<sup>29</sup>, la théorie des actes détachables a pour objectif de répondre au dilemme qui résulte du fait que le contentieux des actes de nature contractuelle est soumis normalement au seul juge du contrat et qu'aucun tiers ne peut y intervenir. La conclusion, l'exécution et l'extinction de ces contrats donnent lieu néanmoins à des décisions administratives qui, bien que liées au rapport contractuel ne s'y incorporent pas et peuvent être détachées pour faire l'objet d'un contentieux séparé accessible également à des tiers. Deux critères sont utilisés pour déceler l'existence d'un acte détachable d'un contrat :

a) Il y a acte détachable lorsque le requérant ne peut faire valoir ses préférences devant la juridiction du contrat, car il n'a pas accès au contentieux. L'on retrouve là une interprétation téléologique des mesures de l'administration qui a été préconisée ci-dessus, interprétation qui revient à séparer d'un processus complexe une décision pour permettre à des particuliers de se protéger contre un éventuel abus de pouvoir.

<sup>27</sup> FORSTHOFF, Traité de droit administratif allemand, p.312; voir aussi BADURA, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p.300.

<sup>28</sup> Voir AUBY, DRAGO, Traité de contentieux administratif, Paris 1975, T I, p.346 et ss; T II, p.152 et ss; WALINE, Droit administratif, Paris 1963, p.509; En droit belge voir ORIANNE et VERKAEREN, Le contrôle des interventions économiques de l'Etat, p.331.

<sup>29</sup> La conclusion des marchés publics, p.75 et ss.

b) Le second critère utilisé par la jurisprudence française est purement objectif et repose sur l'analyse de l'acte litigieux.

Ainsi en droit administratif français, l'autorisation de passer un contrat, l'approbation d'un contrat, le refus de contracter, la désignation du cocontractant et les actes mettant fin au contrat sont assimilés à des décisions administratives sujettes à recours également par des tiers non partie au contrat.

Bien que préconisée par une partie de la doctrine<sup>30</sup> comme l'a relevé KNAPP<sup>31</sup>, la théorie des actes détachables n'avait jusqu'à une époque récente pas rencontré un écho très favorable dans la jurisprudence suisse. Elle n'avait été appliquée que dans un arrêt Allgöwer du 5 juin 1963<sup>32</sup>. Dans les arrêts les plus récents du Tribunal fédéral l'on trouve toutefois des éléments favorables à la théorie des actes détachables.

Il s'agit tout d'abord d'un arrêt Jacot contre le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel du 2 novembre 1979<sup>33</sup>. Dans cette affaire le Tribunal fédéral a déclaré recevable un recours de droit public dirigé contre un arrêté du Conseil d'Etat du canton décidant l'acquisition d'un immeuble à Couvet. Cette décision a été «concrétisée» sept jours plus tard par un acte de vente dressé devant notaire. Le Tribunal fédéral a soumis à sa censure l'arrêté du Conseil d'Etat qu'il a ainsi détaché du contrat de vente. Il a d'ailleurs précisé aux termes de ses considérants que: «Il va de soi que l'annulation ne porte que sur la décision attaquée et non sur l'acte de vente sous seing privé. Il appartient aux autorités neuchâteloises de tirer les conséquences découlant du présent arrêt».

La seconde jurisprudence qui peut être mentionnée est un arrêt Dumas du 5 mars 1980<sup>34</sup>. Le litige concernait le refus émanant du Département valaisan des travaux publics d'attribuer le solde d'une parcelle qui avait été expropriée à un particulier. La juridiction cantonale a soutenu dans cette affaire que le refus du Département cantonal ne pouvait constituer une décision sujette à recours n'étant qu'une manifestation de volonté au sens de

<sup>30</sup> MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, p. 20 et ss; DREYER, Les marchés de travaux publics et les procédures de soumission, Fribourg 1938, p. 35 à 50; HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 42 et ss; MICHEL, op. cit., p. 80.

<sup>31</sup> Précis de droit administratif, p. 16.

<sup>32</sup> ATF 89 I 253.

<sup>33</sup> ATF 105 Ia 385.

<sup>34</sup> ATF 106 Ia 65.

l'article 1 du code des obligations. Le Tribunal fédéral a rejeté en ces termes l'argument:

«Cette opinion pourrait à la rigueur se défendre si la parcelle en cause était un bien du patrimoine financier ou privé de l'Etat, comme le prétend la juridiction cantonale. Mais, même dans ce cas, il ne s'agirait pas d'une manifestation de volonté au sens du droit civil, car, en vertu de la jurisprudence, la déclaration de volonté de l'autorité qui entraîne la conclusion d'un contrat de droit privé est un acte administratif au sens large du terme et appartient au droit public, dans la mesure où celui-ci détermine l'autorité compétente pour faire la déclaration (ATF 99 I 258)».

Les deux jurisprudences qui viennent d'être citées, à l'instar de celles évoquées plus haut relatives aux ordonnances administratives, concernent une fois encore la procédure de recours de droit public. Il nous apparaît indispensable et urgent d'étendre par analogie ces jurisprudences au recours de droit administratif en procédant à une interprétation téléologique de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative. L'application systématique de la théorie des actes détachables nous apparaît nécessaire et souhaitable dans tous les cas où l'intervention économique de l'Etat bien que produisant des effets juridiques et portant atteinte aux intérêts dignes de protection des entrepreneurs ne donne pas lieu à une décision au sens strict du terme. Il s'agit d'un moyen indispensable pour pouvoir redonner vie au contentieux dans le domaine du droit économique faute de quoi une partie de plus en plus importante de l'interventionnisme risque d'échapper au contrôle judiciaire.

## *2. Contrôle des motifs des décisions économiques de l'administration; existence légale des directives*

Les développements faits dans la première partie de cette étude ont permis d'illustrer le fait que l'étendue du contrôle exercé par le juge administratif sur l'action de l'administration dépend, s'agissant de la légalité matérielle, de la qualité de l'œuvre législative et en particulier de la mesure dans laquelle les normes générales et abstraites définissent les conditions et le contenu de l'action de l'Etat.

FROMONT<sup>1</sup> a relevé avec clarté que «lorsque les conditions d'intervention de l'administration sont définies avec précision par la règle de droit, elles doivent être en concordance avec les faits

<sup>1</sup> Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence, p.593.

économiques tels que les a appréciés l'administration et dans ce cas le contrôle est maximum. Lorsque ces conditions d'intervention de l'administration sont indiquées de façon assez vague par la règle de droit (ce sera le cas le plus fréquent lorsque la règle n'est pas écrite), la concordance exigée ne peut être qu'approximative et le contrôle doit se limiter au cas d'erreurs grossières ou manifestes. Enfin, lorsque ces conditions d'intervention ne sont pas du tout précisées par la règle de droit, il ne saurait être question pour le juge d'exercer un contrôle».

Il est évident que dans ces conditions, comme nous l'avons déjà indiqué, une amélioration du contrôle exercé par les juridictions administratives présuppose une amélioration de la technique législative afin de mieux encadrer l'action de l'administration. En l'état nous considérons cependant, qu'une telle considération aussi fondée soit elle, ne peut que constituer un souhait qui risque de n'être suivi daucun effet, au vu des difficultés auxquelles se heurte le législateur pour dégager, dans des normes générales et abstraites, des règles s'appliquant de manière durable en dépit des mouvances des conditions régissant l'intervention de l'Etat dans l'économie. L'importance de l'aléatoire dans ce domaine a permis d'illustrer les limites d'une action normative. Dès lors si l'on désire accroître l'efficacité du contrôle juridictionnel, il convient de se tourner vers d'autres moyens.

Pour surmonter les réticences dont font preuve les juridictions administratives s'agissant de la censure des décisions économiques de l'Etat, l'on peut imaginer à long terme que le niveau de compétence des juges dans le domaine économique s'élève, quitte pour cela à modifier les règles de recrutement des membres des juridictions administratives. Parallèlement, on peut également songer à une utilisation plus systématique de la procédure d'expertise aux fins d'assister les juges dans leur mission. Là encore pour utiles que soient ces mesures, il ne saurait être question d'en attendre des résultats significatifs à court terme. Certes en améliorant les connaissances des juges, l'on améliorera le contrôle des juridictions administratives puisque l'expérience montre, comme l'a souligné notamment DELMAS MARSALET<sup>2</sup>, que le degré du contrôle dépend étroitement du degré d'information du juge sur le contexte de l'action administrative et de sa connaissance des dossiers administratifs. Cela étant l'on ne saurait oublier que l'extension du pouvoir d'investigation des juridictions ne peut aller au delà de la responsabilité juridique qui incombe aux tribu-

<sup>2</sup> Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, p. 149.

naux. MOOR a, à juste titre, démontré<sup>3</sup> que toute norme ouvre deux types de responsabilités: d'une part celle de l'application effective de la loi et d'autre part celle de l'application efficace de la loi; d'un côté une responsabilité juridique, de l'autre une responsabilité administrative et politique. Le juge ne remplit aucune fonction autre que celle de vérifier la légalité des actes de l'administration, à savoir, comme l'a relevé cet auteur, leur conformité aux normes posées par le Parlement. La répartition des fonctions empêche constitutionnellement le juge d'empiéter sur l'administration. MOOR a décrit la fonction de l'administration en ces termes:

«La situation de l'administration est toute différente. Elle ne contrôle pas, elle administre. Elle est responsable, et de l'effectivité de l'application des normes, et de son efficacité. La responsabilité juridique est hétéronome, puisque l'ordre juridique en contient les normes de référence. En revanche, dans toute la mesure où la norme ne préinscrit pas dans son contenu propre celui des actions concrètes qui sont son objet, l'administration va pouvoir et devoir déployer une sphère d'activité autonome. Cette autonomie donne naissance à une responsabilité, celle de l'efficacité, qui a ceci de particulier qu'elle n'a pas de normes de références: elle est politique, précisément, en ce sens que son contenu n'est pas préfiguré, prédéterminé, mais que les actes qui en sont l'objet résultent d'une liberté. (...) Un contrôle judiciaire est par conséquent exclu».

L'indétermination des normes juridiques peut signifier la volonté du législateur de conférer à l'administration la liberté nécessaire pour assurer l'efficacité de son action. Or, le juge administratif, et cela vaut également dans le domaine de la politique économique, n'a pas à censurer cette efficacité, car il n'est garant que de la légalité des mesures de l'Etat.

En droit administratif suisse l'opinion prévaut selon laquelle, lorsque l'administration dispose aux termes de la loi d'une marge d'appréciation, elle a le choix entre se limiter à un examen, cas par cas, de chaque situation particulière ou l'élaboration de directives générales<sup>4</sup>. Ce point de vue repose sur l'hypothèse selon laquelle, l'octroi par le législateur d'une marge de liberté aux autorités d'application vise avant tout à garantir une «personnalisation» de la prise de décision et une appréciation au coup par coup, en tenant compte chaque fois des caractéristiques du cas d'espèce. Le pouvoir discrétionnaire est, pour reprendre l'expression utilisée dans l'ouvrage d'IMBODEN et RHINOW, «konkrete Fall-Gerechtigkeit», étant entendu que l'administration est chargée de procéder à une «individualisierende Auswahl und Abstufung von Rechtsfolgen»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Le juge administratif et l'application de la loi, p. 679 et ss.

<sup>4</sup> ATF 104 Ib 108 et ss notamment 112.

<sup>5</sup> Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, T I, n° 66.

La jurisprudence du Tribunal fédéral ne s'est pas montrée hostile à la possibilité pour l'administration de s'autolimiter en élaborant des principes devant dicter l'exercice de sa liberté d'appréciation. L'on citera, par exemple, l'arrêt Verolet et consorts du 31 octobre 1972<sup>6</sup> dans lequel il était notamment question d'instructions du Département fédéral des transports et communications relatives à l'application d'une disposition de l'ordonnance sur les installations à courant fort. Le Tribunal fédéral s'est ainsi exprimé en ces termes: «en cherchant, comme il l'a fait, à codifier à titre interne la pratique en matière de dérogations à l'article 110, ce Département n'a pas commis d'excès de pouvoir, il a agi dans l'intérêt de la sécurité du droit et s'est inspiré du principe de la proportionnalité».

Cela étant, jusqu'ici le Tribunal fédéral s'est toujours abstenu d'obliger l'administration à élaborer et à soumettre au juge les directives qui définissent les critères de son action et d'autre part, comme il a déjà été dit dans le cadre de cette étude, le Tribunal fédéral a en principe nié toute force obligatoire aux directives revêtant la forme d'ordonnances administratives<sup>7</sup>.

Comme l'a souligné DRAGO<sup>8</sup>, la fiction d'un examen isolé de chaque cas individuel, ne permet pas en réalité d'éviter les discriminations. Pour garantir aux administrés un minimum d'égalité de traitement, l'autorité administrative, lorsqu'elle est investie d'une liberté d'appréciation, doit pouvoir définir pour elle-même une doctrine d'action sans pour cela édicter des règles à caractère contraignant<sup>9</sup>. DELMAS MARSALET a également mis en évidence l'importance qu'il y a à voir le juge reconnaître une existence légale aux directives en vue de renforcer le contrôle du juge notamment dans le domaine de l'incitation économique<sup>10</sup>. En effet, si le juge s'en tient à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'autorité investie du pouvoir discrétionnaire ne peut faire application aux intéressés de règles générales par lesquelles elle s'estimerait liée, l'administration n'est guère incitée à définir et à respecter en ce domaine des critères objectifs de sélection.

<sup>6</sup> ATF 98 Ib 433, voir dans le même sens, ATF 72 I 194; ATF 100 V 171; Archives 45 (1976–1977), p. 265.

<sup>7</sup> Voir MANFRINI, *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*.

<sup>8</sup> Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p. 462 et ss.

<sup>9</sup> SAVY, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration*, p. 15 et références citées de jurisprudence du Conseil d'Etat français.

<sup>10</sup> Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, p. 153 et 154.

Le même auteur a relevé, pour le surplus, qu'il est aisé à l'administration pour justifier un refus dans telle affaire d'invoquer d'excellentes raisons de fait ou de droit qu'elle s'abstiendrait d'opposer aux intéressés dans d'autres affaires. En l'absence de directives, le juge en est réduit à se contenter des justifications fragmentaires et contradictoires que peut lui apporter l'administration sur chaque dossier. DELMAS MARSALLET en conclut que :

« c'est pourquoi l'efficacité du contrôle juridictionnel des mesures d'incitation économiques nous paraît subordonnée à la condition que le juge reconnaissse à l'autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire d'attribution ou de refus d'un avantage fiscal ou financier la possibilité de limiter, elle-même, par avance, ce pouvoir, en définissant et en publant, même sans habilitation législative expresse, les conditions auxquelles elle entend subordonner l'attribution de cet avantage et les critères au vu desquels, elle sera, en principe, tenue de sélectionner les demandes. Dans le domaine des incitations économiques, la fixation de critères généraux, objectifs et impersonnels de sélection des demandes par l'autorité investie du pouvoir d'agrément correspond à une nécessité aussi bien pour les administrés que pour le juge et l'administration elle-même »<sup>10</sup>.

Paradoxalement, en étendant le pouvoir de l'administration en la matière, l'on facilite le contrôle que doit exercer a posteriori le juge. L'élaboration de règlements ayant pour but de fixer des critères uniformes destinés à servir de guide à l'action de l'administration et à sous-tendre les décisions individuelles qu'elle est amenée à prendre, rationalise le fonctionnement de l'administration dans la mesure où elle vise à définir une doctrine claire ; dès lors elle est source d'une économie d'efforts et de temps dans l'exercice des attributions étatiques. Pour les particuliers, la directive contribue à les protéger des discriminations injustifiées. En effet, en assurant l'unité d'action de l'administration, elle garantit le respect du principe de l'égalité de traitement. Par sa stabilité, la directive harmonise les appréciations individuelles. Il appartient au législateur lorsqu'il édicte les normes d'établir les critères qui permettent de décider dans quelle mesure il y a similitude ou diversité entre diverses situations de fait ainsi que les conséquences juridiques qui s'appliquent à chacune d'entre elles. Lorsque ce même législateur attribue une marge d'appréciation à l'administration, il transfère à cette dernière la responsabilité de cette tâche. Or, elle peut s'en acquitter au fur et à mesure qu'elle traite les dossiers qui lui sont soumis. Le danger est alors accru de voir naître des inégalités, notamment lorsque le droit est exécuté par des services décentralisés ou déconcentrés.

Ainsi que nous avons eu l'occasion de le démontrer dans l'ouvrage consacré à la nature et aux effets juridiques des ordon-

nances administratives<sup>11</sup>, reconnaître la faculté de l'administration d'élaborer des directives ne revient pas à remettre en cause le principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs en attribuant des nouvelles compétences réglementaires à l'administration. En effet, les directives ne sont que des normes d'orientation, elles doivent guider les agents publics dans leur pratique sans se substituer aux règles ayant force obligatoire générale. La directive ne contient qu'une solution standard, elle se contente d'indiquer qu'elle doit être en principe et normalement le contenu des actes administratifs, laissant subsister la possibilité de dérogation. Les directives ont un caractère précaire et ont un effet normatif inférieur par rapport aux ordonnances législatives. Le principe du parallélisme des formes ne leur est pas applicable et l'administration peut s'écartier librement de la solution qu'elle préconise en présence d'un motif fondé.

En demandant à l'administration qu'elle rende publics les critères généraux qu'elle retient pour exercer la liberté d'appréciation qui lui est conférée par la loi, le juge se donne un moyen efficace de sanctionner les discriminations arbitraires. Certes le juge risque selon toute probabilité, de continuer à faire preuve d'une grande retenue pour rechercher si les directives sont adaptées au but prévu par la loi. En revanche, son contrôle relatif au cas individuel dont est recours, sera plus étendu. En résumé il apparaît que le fait pour les juridictions administratives d'admettre qu'en principe l'administration puisse sous le contrôle du juge, exercer une sorte de «planification au second degré en prévoyant à l'avance les modalités de son intervention»<sup>12</sup>, constitue une condition essentielle pour ouvrir la voie à un contrôle effectif des décisions de l'administration en matière économique en sanctionnant les éventuelles discriminations. Un tel procédé qui accroît la transparence de l'action de l'administration n'est pas de nature à supprimer l'autonomie dont celle-ci doit bénéficier. Cette autonomie continuera de s'exercer et se manifestera notamment au niveau de la définition du contenu de la directive. Pratiquement cela implique qu'au stade contentieux, la révélation des motifs des décisions administratives par l'autorité partie à la procédure, doit porter non seulement sur les circonstances particulières du cas mais également sur la pratique de l'administration, pratique que codifie les directives.

<sup>11</sup> P. 234 et ss.

<sup>12</sup> DRAGO, Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p. 464.

### *3. Elargissement des possibilités de recours du concurrent*

#### *3.1. Rareté du recours du concurrent*

Les informations recueillies auprès des diverses administrations fédérales compétentes, ainsi que la pratique permettent de constater que le recours du concurrent en cas de contentieux administratif dans le domaine du droit économique est chose extrêmement rare, de sorte que l'on est même porté à s'interroger sur le point de savoir si l'intérêt que présente cette question n'est pas purement théorique.

La rareté du litige introduit par le concurrent peut s'expliquer de diverses façons :

a) En premier lieu, il convient de tenir présent à l'esprit que la procédure administrative a un certain caractère confidentiel et que les décisions ne sont normalement notifiées aux termes de l'article 34 de la loi fédérale sur la procédure administrative qu'aux parties. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'article 36 de la même loi impose la publication d'une décision dans une feuille officielle. En d'autres termes, cela signifie que l'attribution d'un avantage ou d'une prime à une entreprise n'est pas nécessairement publique et que les entreprises évincées peuvent dès lors ne pas savoir qu'elles se trouvent dans une situation de discrimination<sup>1</sup>.

b) A supposer qu'il ait eu connaissance de la mesure dont a bénéficié le concurrent, l'entrepreneur aura tendance à essayer, par le biais de négociations, d'obtenir le même avantage auprès de l'administration plutôt que de recourir contre la première décision. En cas de refus de l'administration, le particulier pourra se résoudre à introduire un contentieux devant la juridiction administrative.

c) Il se peut que pour des motifs divers, l'entrepreneur n'ait pas intérêt, même s'il est victime d'une discrimination de la part de l'administration, à entrer en conflit avec un confrère de la branche qui se trouve être son concurrent. Dans ces circonstances, le particulier renoncera à saisir du litige les organes du contentieux administratif.

d) En dernier lieu, il convient de signaler que l'absence de contentieux de la part des concurrents est également motivée par l'attitude plutôt réservée de la jurisprudence s'agissant de la recevabilité du recours du tiers. Ainsi que nous allons le voir dans les

<sup>1</sup> DRAGO, Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, p. 460.

développements qui vont suivre, il ne semble pas se dégager des arrêts publiés en la matière une doctrine cohérente favorable à ce type de recours.

### *3.2. Effets collectifs des décisions économiques de l'Etat*

Se référant au commissaire du gouvernement Chenot, LALIGANT a relevé dans son étude consacrée à la notion d'intérêt pour agir que la qualité pour recouvrir à laquelle est liée la problématique du recours du concurrent «met dans l'embarras les faiseurs de systèmes»<sup>2</sup>. La difficulté qui entoure toute tentative de cerner avec précision le cercle des personnes ayant accès aux juridictions administratives, est liée aux problèmes que suscite tout essai de mesurer avec exactitude les effets collectifs d'un acte administratif. Il convient de se souvenir tout d'abord qu'en théorie l'acte administratif concerne une situation de fait ou de droit unique et concrète, et est dès lors purement individuelle. La seule exception admise est celle de la décision collective (*Allgemeinverfügung*) qui ne s'adresse pas à un seul et unique destinataire, mais à un groupe concret et déterminable de personnes<sup>3</sup>.

Le caractère collectif de la décision est néanmoins indirectement consacré par la loi fédérale sur la procédure administrative elle-même. Si l'article 5 de cette réglementation dispose qu'une décision est une mesure prise dans un cas d'espèce, il reste que l'article 6 qui définit le cercle des parties, ne limite pas celui-ci au destinataire direct de la mesure, mais bien au contraire l'élargit d'une part à toutes les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre et d'autre part, par renvoi à l'article 48, lettre a) de la loi, à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Il est certain que les effets collectifs d'une décision administrative varient suivant le type d'acte et qu'en la matière on ne peut pas définir une règle unique. Trois exemples permettent d'illustrer ce qui précède: la décision de taxation fiscale qui est notifiée à une personne physique n'a en définitive d'effet direct qu'à l'égard de son destinataire. Cette décision répond clairement à la définition d'un acte individuel aussi bien par son contenu que par ses conséquences. Techniquement, le retrait de l'autorisation accordée à une banque d'exercer son activité constitue également

<sup>2</sup> La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif, p. 44.

<sup>3</sup> Voir FORSTHOFF, Traité de droit administratif allemand, p. 316 et 317; HALTERNER, *Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*; KNAPP, Précis de droit administratif, p. 117 et ss.

une décision de même nature juridique que la première citée. En revanche, l'on mesure à l'évidence que cette même décision déploie des effets ne serait-ce qu'à l'égard des clients et créanciers de ladite banque. Enfin, l'approbation des tarifs d'assurances responsabilité pour véhicules automobiles par l'autorité fédérale constitue également un acte administratif. Bien que formellement destinée aux compagnies d'assurances dont le cercle est limité, cette mesure déploie des effets collectifs étendus à l'égard des détenteurs de véhicules automobiles assurés auprès des compagnies concernées. C'est d'ailleurs pour ce motif que le Tribunal fédéral leur a reconnu la qualité pour recourir<sup>4</sup>.

Les mesures d'intervention de l'Etat dans l'économie, même si elles concernent une entreprise déterminée, sont de nature à déployer des effets collectifs dès lors qu'elles peuvent modifier les équilibres du marché. Il n'est en conséquence pas possible en principe d'analyser une mesure d'intervention prise dans un cas individuel dans les termes d'un simple rapport bilatéral entre la collectivité et un agent économique isolé. Ce point de vue a été mis en évidence avec clarté par BADURA<sup>5</sup>. Cet auteur a ainsi souligné que les décisions de politique économique, tout en ayant un destinataire unique, déploient des effets collectifs dans la mesure où elles interfèrent dans les rapports d'un groupe d'administrés qui se trouve dans la même situation économique. Elles ont ainsi une «Dritt-» ou «Doppelwirkung», soit par leur contenu (exemple: une autorisation de livrer du lait à une autre centrale), soit par leurs effets (subventionnement d'un concurrent). C'est un point de vue analogue qu'a exprimé GYGI<sup>6</sup> en mettant en lumière le fait que plusieurs dispositions administratives règlent des rapports entre plusieurs personnes de sorte que la décision prise dans un cas concret d'application déploie en pratique des effets collectifs. Tel est particulièrement le cas, selon cet auteur, des règles qui régissent l'activité économique dans des buts de police ou de politique économique. Il va de soi, selon GYGI, que le concurrent est intéressé à la manière dont ces réglementations sont appliquées. L'obligation d'obtenir une autorisation pour des appareils de jeux concerne aussi bien le fabricant que le tenancier d'un salon de jeux. Cet auteur relève que l'on pourrait prétendre que les réglementations de police ne créent que des rapports entre le citoyen et l'Etat et qu'il appartient à ce dernier de veiller

<sup>4</sup> ATF 99 Ib 54.

<sup>5</sup> Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 299.

<sup>6</sup> Die Beschwerdebefugnis im Verwaltungsprozeß, Zbl 1960, p. 473, 476.

sur les intérêts collectifs. La vérité commande toutefois de dire que l'octroi d'un autorisation à l'instar d'une relation triangulaire déploie des effets collectifs. Les distorsions de concurrence se produisent en particulier dans le cadre de la politique d'incitation. FISCHER<sup>7</sup> a ainsi souligné que l'octroi d'une subvention à une entreprise concurrente peut résulter dans une destruction par l'Etat de l'égalité des chances en conférant à un opérateur économique des avantages qu'il refuse au concurrent de celui-ci. Ce faisant, l'administration apporte à la situation existante sur le plan de la concurrence une modification telle que le bénéficiaire peut se trouver totalement exclu du marché. Le recours visant à obtenir une mesure identique ne suffit pas comme moyen de protection, car il est possible d'imaginer des cas dans lesquels les tiers, sans pouvoir être placés sur le même rang que l'ayant droit au bénéfice de l'aide considérée, voient néanmoins leurs intérêts légitimes lésés par les avantages conférés à une catégorie déterminée d'entreprises. Dans son article consacré à l'étude de la qualité pour recourir du concurrent<sup>8</sup>, SCHOLZ a montré que l'influence de l'Etat sur la concurrence peut s'exercer aux différents niveaux de l'activité économique. Cette influence peut se situer au même niveau entre opérateurs situés au même stade du processus économique et opérant sur le même marché. Des distorsions peuvent en second lieu avoir un effet vertical et concerner les fournisseurs ou les acheteurs de l'entreprise en cause. De ce fait, SCHOLZ a également confirmé l'existence d'effets collectifs des mesures d'intervention économique :

«In diesem Sinne kommt grundsätzlich allen staatlichen Wettbewerbslenkungen eine besondere Breitenwirkung zu, die den konkreten Lenkungsakt regelmäßig als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung ausweist».

### *3.3. Qualité pour recourir du tiers concurrent*

#### *3.3.1. Recours de droit public*

La qualité pour recourir en matière de recours de droit public au Tribunal fédéral presuppose que l'on établisse l'existence d'une atteinte à des intérêts juridiquement protégés. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt Stauffacher<sup>9</sup>, il ne suffit pas pour que le recours soit recevable d'alléguer la violation d'un

<sup>7</sup> Le contrôle de la légalité des mesures administratives prises à l'égard des entreprises privées en vue de favoriser ou de réglementer le développement économique, p. 34 et ss.

<sup>8</sup> Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltung und Zivilgerichte.

<sup>9</sup> ATF 105 Ia 349.

droit constitutionnel. Qu'il s'agisse du concurrent ou encore du voisin dans le domaine des constructions, il n'y a atteinte à des intérêts juridiquement protégés que quand le tiers peut invoquer une norme juridique qui ne protège pas seulement l'intérêt public, mais encore ses intérêts privés<sup>10</sup>. En dépit des critiques émises par la doctrine, le Tribunal fédéral a confirmé dans cet arrêt qu'en principe on ne peut pas recourir, même contre une norme, en invoquant le fait qu'elle privilégie un tiers<sup>11</sup>. Analy-  
sant la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à un recours introduit par la Chambre tessinoise des ingénieurs et architectes contre la loi cantonale qui élargit la concurrence dans la branche<sup>12</sup>, MÜLLER<sup>13</sup> a critiqué la conception du Tribunal fédéral en la matière. Cette dernière consistant à admettre le recours du concurrent que lorsqu'est en cause une législation de politique économique qui vise à la protection de la concurrence, empêche, de l'avis de cet auteur, de sanctionner d'éventuelles violations de l'article 4 constitution et de l'égalité de traitement. MÜLLER a relevé que des priviléges accordés à des tiers peuvent également impliquer une violation des articles 4 et 31 de la Constitution et dès lors porter atteinte à des intérêts juridiquement protégés. Dans le même sens, KÖLZ, dans son commentaire relatif à la jurisprudence administrative zurichoise<sup>14</sup>, a écrit que la concep-  
tion étroite de la qualité pour recourir basée sur l'idée d'un droit public subjectif, empêche une protection efficace du concurrent s'agissant d'autorisations illégales accordées à des tiers. Pour le concurrent il est indifférent d'être touché par une décision négative dont il est le destinataire ou par une décision qui favorise illégalement un tiers.

Exiger d'un intérêt qu'il soit légitime et juridiquement pro-  
tégué, comme l'a relevé LALIGANT<sup>15</sup>, c'est assimiler l'intérêt au droit, car l'intérêt juridiquement protégé «c'est le droit qui n'ose pas dire son nom».

### 3.3.2. Recours de droit administratif

Une conception de la qualité pour recourir fondée sur la no-  
tion de droit subjectif aboutit en définitive à une confusion entre

<sup>10</sup> ATF 105 Ia 188; 103 Ia 69; 102 Ia 93; 101 Ia 543; 99 Ia 254.

<sup>11</sup> ATF 85 I 53, voir les critiques de M. HUBER, in: ZBJV 1960, p. 323 et ss.

<sup>12</sup> ATF 103 Ia 65.

<sup>13</sup> Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, RSJB 1979, p. 113 et ss.

<sup>14</sup> Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, p. 207 et références citées.

<sup>15</sup> La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif, p. 45 et 46.

la recevabilité et le bien-fondé de la demande. C'est pourquoi le législateur, en 1968 lorsqu'il a révisé les dispositions de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire concernant le recours de droit administratif, a abandonné l'exigence de la lésion d'un droit et a soumis la recevabilité du recours à la simple lésion d'un intérêt de fait. Aux termes des articles 103, lettre a) OJF et 48, lettre a) LPA, la qualité pour recourir résulte de deux conditions: une atteinte et un intérêt digne de protection à en obtenir la suppression<sup>16</sup>. Ainsi que l'a mis en lumière GRISEL<sup>17</sup> l'extension de la vocation à saisir les juridictions administratives exclut toutefois l'action populaire qui serait de nature à multiplier le nombre de procédures en paralysant le fonctionnement des autorités et de la juridiction administrative. La lecture de la jurisprudence permet de constater qu'en dernière analyse, la qualité pour recourir est soumise à trois conditions cumulatives:

a) En premier lieu, le recourant doit être touché par l'acte dont est recours et en éprouver un préjudice en principe actuel et suffisamment allégué. La lésion peut concerner de simples intérêts de fait, soit notamment des intérêts économiques.

b) En second lieu, le recourant doit démontrer qu'il est touché plus que tout autre par la décision et que dès lors il a un intérêt personnel particulier qui ne peut appartenir qu'à un cercle limité de personnes à voir trancher le litige. Il s'agit de l'exigence relative à la «Beziehungsnahe».

c) En dernier lieu, pour que le recours soit recevable, il faut encore que le recourant justifie d'un intérêt digne de protection. La doctrine est partagée quant à la portée qu'il y a lieu de donner à cette exigence. MACHERET, GYGI et GRISEL suivis par la jurisprudence<sup>18</sup> sont d'avis que cette condition doit être comprise dans un sens purement procédural. Ce qui est déterminant c'est l'utilité d'un contrôle juridictionnel. Pour qu'il soit recevable, il suffit que le recours mérite la considération du juge. Au contraire, SALADIN<sup>19</sup> estime qu'il doit y avoir une subsomption de l'intérêt

<sup>16</sup> Voir notamment MACHERET, *La qualité pour recourir clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral*, p. 157 et ss; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 111 et ss; SALADIN, *Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*, p. 174 et ss, GRISEL, *Droit administratif suisse*, p. 477 et 503; ATF 104 Ib 245 et références citées.

<sup>17</sup> *Droit administratif suisse*, p. 477; FLEINER, *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, p. 193 et ss.

<sup>18</sup> MACHERET, *La qualité pour recourir clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral*, p. 159 et 160; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 113; GRISEL, *Droit administratif suisse*, p. 477 et 478.

<sup>19</sup> *Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*, p. 183 et ss.

invoqué par le recourant et des principes généraux de l'ordre juridique suisse. Enfin, l'on remarquera que KNAPP exprime un avis qui est proche de celui de SALADIN en exigeant que l'intérêt allégué à l'appui de la modification de la décision soit lié à l'intérêt protégé par la règle de droit qui a été prétendument violée<sup>20</sup>. On ne peut ainsi, de l'avis de cet auteur, invoquer l'intérêt à la sauvegarde des eaux pour se prémunir contre une perte d'ensoleillement.

La lecture de la jurisprudence, s'agissant du recours de tiers et plus particulièrement du recours d'entrepreneurs qui ne sont pas les destinataires directs de la décision, laisse apparaître certaines incertitudes et hésitations de la jurisprudence qui parfois manque de cohérence.

En premier lieu, la jurisprudence suivie par la doctrine<sup>21</sup> applique un régime plus restrictif s'agissant de décisions qui imposent des obligations, qui refusent ou rejettent des demandes. Dans ces cas, le Tribunal fédéral est hostile aux tiers recourants ; seules sont habilitées à saisir la juridiction administrative les personnes qui ont un intérêt juridique direct et propre à ce que la décision soit annulée<sup>22</sup>. Les exceptions au principe de l'exclusion des «tiers intervenants» concernent les cocontractants à une transaction soumise à autorisation<sup>23</sup> ou encore l'employeur qui recourt contre le refus opposé aux travailleurs qui sollicitent une autorisation de travail<sup>24</sup>. Au contraire, de manière à nos yeux injustifiée, le Tribunal fédéral dans un arrêt Scholler du 30 novembre 1973<sup>25</sup> a déclaré irrecevable le recours interjeté par un industriel en signalisations lumineuses contre l'interdiction faite à un de ses clients d'apposer un panneau réclame sur son immeuble. Le motif pris à l'appui de cette décision d'irrecevabilité réside dans le fait que le fournisseur aussi bien que l'architecte n'ont qu'un intérêt indirect à la cause. Cette jurisprudence sur laquelle nous reviendrons, est d'autant plus criticable que dans d'autres cas des solutions différentes ont été adoptées. Ainsi dans un arrêt S. AG du 9 décembre 1977<sup>26</sup>, le Tribunal fédéral, saisi d'un litige relatif à une directive donnée par le délégué à la dé-

<sup>20</sup> Précis de droit administratif, p. 216.

<sup>21</sup> GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 115 et ss; MACHERET, La qualité pour recourir clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, p. 167.

<sup>22</sup> ATF 98 Ib 58.

<sup>23</sup> ATF 98 Ib 371; 101 Ib 385; JAA 39 (1975) N° 6.

<sup>24</sup> ATF 100 Ib 104.

<sup>25</sup> ATF 99 Ib 378–379, voir aussi ATF 101 Ib 109.

<sup>26</sup> ATF 103 Ib 335.

fense nationale économique à un entrepositaire de reprendre son stock entreposé momentanément chez un tiers, a admis la qualité pour recourir de ce tiers tout en précisant dans ses considérants que ledit tiers n'était touché qu'indirectement par la mesure.

Dans une décision du 7 mai 1980, le Conseil fédéral a tranché un recours dirigé contre une décision du Département fédéral des transports qui imposait de nouvelles obligations sous forme de restrictions aux entreprises d'hélicoptères en montagne<sup>27</sup>. Sans hésitation, l'autorité a admis la qualité pour recourir des écoles de ski et d'alpinisme et des guides de montagne en précisant que «les autres recourantes profitent des vols d'hélicoptères qui amènent leurs clients et leurs élèves à pied d'œuvre en haute montagne, leur épargnant ainsi une longue et fatigante montée à pied. Elles sont donc aussi touchées par la décision attaquée et ont également qualité pour recourir ...».

Il convient, pour le surplus, de signaler que la position restrictive adoptée par la jurisprudence relative à la recevabilité du recours introduit par le tiers contre des mesures qui ne favorisent pas, mais au contraire imposent des obligations à leurs destinataires, apparaît comme peu compatible avec la jurisprudence qui admet que des tiers aient qualité pour requérir des mesures à l'encontre d'une entreprise. Ainsi par exemple le Tribunal fédéral, dans un arrêt B. AG du 28 janvier 1972<sup>28</sup>, a déclaré recevable le recours d'un porteur de parts d'un fond de placement contre un refus de la Commission fédérale des banques d'entrer en matière sur ses conclusions tendant à ce que soient ordonnées des mesures déterminées à l'égard dudit fond de placement. L'opinion exprimée dans cette jurisprudence est par ailleurs confirmée par un avis de droit de la Division de la justice du 17 juin 1975<sup>29</sup> qui admet que le créancier d'une banque, ce terme devant être pris dans un sens large (il ne s'agit pas seulement des personnes visées par les opérations passives d'une banque, mais aussi de celles pour lesquelles la banque traite des opérations en commission), a un intérêt digne de protection à ce qu'une décision soit prise par l'autorité pour remédier aux irrégularités éventuelles commises par la banque. Si tel est bien le cas, il ne nous apparaît pas logique d'exclure du contentieux ce même créancier dans l'hypothèse où une décision a été prise à l'égard de la banque sous prétexte qu'il s'agit alors d'un tiers intervenant.

<sup>27</sup> JAA 44 (1980) N° 91.

<sup>28</sup> ATF 98 Ib 53.

<sup>29</sup> JAA 41 (1977) N° 55.

L'attitude restrictive de la jurisprudence s'agissant du recours des tiers à l'encontre de décisions qui imposent des obligations ou rejettent des demandes est enfin illustré par larrêt rendu le 16 mai 1975 par le Tribunal fédéral dans l'affaire de la dissolution de la fondation Ciné journal suisse<sup>30</sup>. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral a jugé qu'en cas de cessation d'activité d'une entreprise par décision de l'autorité, la qualité pour recourir ne pouvait pas être reconnue à toutes les personnes qui étaient en mesure ou désiraient entretenir commercialement des rapports économiques permanents ou occasionnels avec l'entreprise, car ce serait élargir le recours au recours populaire. L'on doit, cela étant, remarquer que dans un arrêt Société générale d'entreprise S.A.<sup>30bis</sup> le Tribunal fédéral a admis la qualité pour recourir d'une banque s'agissant d'une décision annulant l'aide fédérale à la construction précédemment accordée au client de ladite banque. Le Tribunal fédéral s'est ainsi exprimé comme suit:

«S'agissant de la prise en charge des intérêts capitaux par la Confédération, la banque a un intérêt économique évident, en sa qualité de prêteur hypothécaire, au maintien de cette prise en charge. En effet, l'aide ainsi accordée doit lui profiter directement car, même si elle est versée à la société propriétaire, elle ne saurait être détournée de sa destination et doit nécessairement parvenir à la banque qui a accordé le crédit.»

La jurisprudence concernant le recours du concurrent lorsqu'il s'agit de mesures qui favorisent des tiers, marque également certaines hésitations. Dans deux cas de contingements le Tribunal fédéral a accepté la qualité pour recourir du concurrent. Dans le premier cas, la recevabilité a été admise parce que l'octroi du nouveau contingent avait pour effet de diminuer le contingent actuel du recourant<sup>31</sup>. Dans le second cas, l'octroi du contingent ne limitait pas celui du concurrent mais provoquait un effet économique défavorable sous forme de perte d'un client potentiel; dans ce cas, le Tribunal fédéral a justifié néanmoins la recevabilité par le fait que le contingentement crée une relation particulière entre concurrents<sup>32</sup>. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a déclaré recevable le recours d'un concurrent à propos de l'admission d'une entreprise dans le domaine des grossistes de beurre en légitimant cette décision par le fait que les normes de l'ordonnance créent, à l'instar du contingentement, une relation particu-

<sup>30</sup> ATF 101 Ib 108.

<sup>30bis</sup> ATF 107 Ib 43.

<sup>31</sup> ATF 97 Ib 297.

<sup>32</sup> ATF 100 Ib 421 et ss.

lière entre commerçants<sup>33</sup>. D'autres arrêts concernent des situations où la concurrence ne résulte pas d'un régime restrictif de contingentement institué par l'Etat. Dans une affaire relative à l'application de la loi fédérale sur les banques, le Tribunal fédéral a admis qu'un organe de révision pouvait recourir contre la reconnaissance d'un concurrent car il était touché plus que tout un chacun par la décision et avait dès lors qualité pour recourir<sup>34</sup>. Deux décisions concernent les pharmaciens bernois qui attaquaient l'ouverture d'une pharmacie dans la nouvelle gare de Berne. Dans ces affaires, le Tribunal fédéral s'est montré particulièrement libéral en se bornant à constater que l'ouverture d'une nouvelle pharmacie dans la gare avait pour effet d'affecter les possibilités de gain des pharmaciens déjà installés en raison du fait que la nouvelle pharmacie allait être ouverte à des heures où les autres seraient normalement fermées<sup>35</sup>. Dans un arrêt concernant les coûts de distribution des journaux de la Migros et de la Coop<sup>36</sup>, le Tribunal fédéral a admis la qualité pour recourir de l'Association suisse des détaillants en précisant que «les détaillants sont plus intéressés que quiconque à ce que leurs concurrents directs ne bénéficient pas d'un avantage dans la concurrence».

Tout en se montrant libéral dans les arrêts qui viennent d'être cités, le Tribunal fédéral a tenu à préciser à diverses occasions que le cercle des concurrents habilités à recourir contre des mesures qui favorisent illégalement un concurrent, ne devait pas être étendu trop largement<sup>37</sup>.

C'est probablement ce souci qui a conduit le Tribunal fédéral à rejeter le recours introduit par l'Association centrale des producteurs suisses de lait à l'occasion de la mise sur le marché du «Roco Dessert Top», une poudre qui devait être mélangée avec du lait et battue et qui était censée remplacer la crème<sup>38</sup>. Le Tribunal fédéral a admis que les producteurs de lait étaient touchés dans la concurrence par l'introduction du substitut de la crème. A ses yeux toutefois, ce désavantage ne constitue pas un intérêt digne de protection. Il a ainsi estimé, que si la qualité pour recourir devait être reconnue, chaque producteur ou commerçant devrait avoir qualité pour recourir contre une autorisation de

<sup>33</sup> ATF 101 Ib 90.

<sup>34</sup> ATF 99 Ib 107.

<sup>35</sup> ATF 97 Ib 593; 98 Ib 229.

<sup>36</sup> ATF 101 Ib 186.

<sup>37</sup> ATF 101 Ib 185; 89; 100 Ib 335; 99 Ib 107; 98 Ib 229; 97 I 268; 593.

<sup>38</sup> ATF 100 Ib 337.

mise dans le commerce de n'importe quel produit pouvant faire concurrence au sien, même lorsque les deux produits sont de nature totalement différente.

En dernier lieu, l'on citera une décision du Conseil fédéral déclarant irrecevable le recours des concurrents s'agissant de l'admission d'un fonds d'un viticulteur au cadastre viticole<sup>39</sup>. Le gouvernement a estimé que la décision autorisant le particulier à planter de la vigne sur une certaine surface de terre ne touchait manifestement pas les autres propriétaires de vignes de cette commune, en particulier ceux de la commune elle-même. S'inspirant à nos yeux, à tort, de la jurisprudence relative au recours de droit public, l'autorité a rappelé qu'il appartient à l'administration et à elle seule, de sauvegarder l'intérêt public et de veiller à une production de qualité ainsi qu'à maintenir une économie vinicole saine tant dans l'intérêt des vignerons que des consommateurs.

### 3.3.3. Eléments critiques

Les développements qui précèdent et qui rappellent en substance la position de la jurisprudence actuelle nécessitent à nos yeux un certain nombre de précisions.

En premier lieu il est certain qu'il ne saurait y avoir de vocation pour saisir la juridiction administrative sans grief. Le recourant doit être touché effectivement par la mesure entreprise. L'exigence d'une lésion constitue une condition essentielle en vue d'exclure l'ouverture de l'action populaire. Dans cette perspective, nous sommes opposés à une éventuelle révision de la loi redéfinissant la qualité pour recourir de l'article 103, lettre a) OJF en supprimant les mots «quiconque est atteint par la décision attaquée» pour ne conserver que l'exigence de l'intérêt digne de protection. Cela étant, il convient de préciser qu'au stade de la recevabilité il apparaît difficile de demander au recourant qu'il amène une preuve définitive du dommage économique subi. Cela n'est ni raisonnable, ni possible dans bien des cas. Dès lors le juge doit se contenter d'une argumentation qui rende vraisemblable l'existence de l'atteinte qui doit être actuelle. Il y a lieu de se demander si la jurisprudence, sur ce dernier point, n'est pas trop libérale en admettant l'allégation d'une lésion future hypothétique. Dans sa décision du 27 février 1974, le Conseil fédéral a ainsi déclaré recevable le recours des pêcheurs professionnels du Léman à l'occasion de l'octroi d'une concession à une société

<sup>39</sup> JAA 35 (1970–1971) N° 99.

privée impliquant la pose d'un gazoduc dans le lac<sup>40</sup>. L'autorité a jugé que les pêcheurs étaient touchés par la concession en raison du fait qu'un «prétendu risque de pollution» pouvait menacer l'existence des pêcheurs professionnels.

L'aspect qui mérite le plus à nos yeux un réexamen concerne le critère utilisé pour admettre ou au contraire rejeter la «Beziehungsnahe» du concurrent. L'analyse des arrêts qui ont été cités ci-dessus démontre l'absence d'un critère systématique en la matière. Les arrêts se sont fondés tout d'abord sur l'existence d'un contingentement ou d'un régime analogue pour accepter l'idée d'une relation particulière entre le recourant et le bénéficiaire de la décision attaquée. Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral semble avoir admis, que le seul fait de se trouver dans la même branche (la révision bancaire), justifiait le fait que le concurrent était touché plus que tout un chacun par la décision. Dans d'autres arrêts traitant des pharmaciens, la juridiction administrative a admis la légitimation en se fondant sur le fait que les recourants étant de la même branche, voyaient leur possibilité de gain affectée. Cela n'a néanmoins pas empêché le Tribunal fédéral, dans son arrêt relatif au Ciné journal suisse, de ne pas considérer comme pertinent la remise en cause de rapports commerciaux et économiques permanents que le recourant avait avec le destinataire de la décision. Comme l'a relevé STEINMANN dans l'article qu'il a publié à propos de la qualité pour recourir en matière de surveillance des prix<sup>41</sup>, le Tribunal fédéral lorsqu'il a appliqué le critère du rapport économique de concurrence, s'est limité à reconnaître l'existence d'un lien particulier entre agents économiques distribuant le même produit à l'exclusion de ceux qui font le commerce de produits de substitution (voir l'arrêt relatif au produit de substitution de la crème, note 38).

A nos yeux, s'il est certain qu'un régime de limitation quantitative prenant la forme d'un contingentement crée un lien particulier entre les agents économiques qui y sont soumis, cela ne doit pas servir de critère de base en matière de recours du concurrent. De même, le critère qui semble se dégager de la lecture de certains arrêts, relatif à l'appartenance à la même branche économique ou à la même catégorie d'entreprises n'est pas satisfaisant. Ainsi que l'a démontré JUNOD en traitant des discriminations qu'étaient susceptibles d'apporter les subventions<sup>42</sup>, le concept

<sup>40</sup> JAA 38 (1974) N° 81.

<sup>41</sup> Fragen der Beschwerdebefugnis im Bereich der Preisüberwachung, Konsumenten-Beschwerde?, Zbl 1979, p. 229 et ss.

<sup>42</sup> Problèmes actuels de la constitution économique suisse, p. 663 et ss.

de marché et de rapport de concurrence qui lui est lié doit se substituer à celui de branche économique et de profession, utilisé par le Tribunal fédéral. Lorsque plusieurs entrepreneurs opèrent sur un même marché en offrant des prestations et des marchandises de nature analogue dans le dessein d'amener la même clientèle à la conclusion d'un contrat ou le fait que ces mêmes entreprises s'efforcent d'obtenir des prestations ou livraisons de nature analogue du même cercle de personnes crée un rapport particulier de concurrence. C'est dire que ces mêmes entreprises sont chacune intéressées à prévenir toute distorsion du marché qui n'est pas le fruit de la concurrence elle-même mais d'une intervention extérieure au marché émanant de l'autorité publique. L'existence d'un lien particulier entre concurrents, résultant du fait d'opérer sur le même marché est consacrée par le droit constitutionnel lui-même. Le droit suisse considère en effet qu'à la garantie de la liberté de commerce et d'industrie est lié le droit à une égale liberté permettant d'assurer face à l'Etat, une égalité de chances sur le marché. Certes la jurisprudence du Tribunal fédéral a limité cette égalité aux entreprises qui s'adressent au même public pour satisfaire les mêmes besoins<sup>43</sup>. Cela étant, si l'on considère le recours du concurrent comme une garantie institutionnelle d'un libre accès égal à la concurrence sur le marché<sup>44</sup>, il ne faut pas restreindre la vocation pour agir aux entreprises «de la même branche» qui offrent des biens identiques, mais y inclure les divers agents économiques qui offrent à la même clientèle pour répondre aux mêmes besoins des biens ou des services qui, selon l'appréciation de l'acheteur, sont interchangeables.

Retenir le critère du marché comme élément nécessaire et suffisant pour affirmer que le recourant se trouve dans une situation particulière par rapport à l'acte attaqué qui justifie sa vocation pour agir, est de nature à introduire certaines incertitudes quant à la notion même de ce marché. Ces incertitudes sont illustrées par les controverses doctrinales relatives à l'application de la législation sur les cartels<sup>45</sup>. Commentant l'arrêt Zentralver-

<sup>43</sup> ATF 87 I 448; 91 I 462; 97 I 655; 98 Ia 404; 100 Ia 49; 102 Ia 547; SCHÜRMANN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p.40 et 41; GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, p.80.

<sup>44</sup> Voir, s'agissant de ce point de vue en Allemagne, SCHOLZ, *Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte*, p.60 et références citées.

<sup>45</sup> Voir notamment SCHÜRMANN, *Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen*, Zürich 1964, p.43; MERZ, *Das schweizerische Kartellgesetz*, Bern 1967, p.32; ATF 91 II 489; MATILE, *Problèmes du droit suisse des cartels*, RDS 1970, p.198 et ss; HOMBURGER, *Rechtsgrundlagen der Interessenab-*

band Schweizerischer Milchproduzenten, MACHERET<sup>46</sup> justifie la position du Tribunal fédéral qui exclut le recours de l'agent économique qui fabrique et distribue un produit de substitution, par la crainte de voir légitimer le recours de tout producteur, industriel ou négociant menacé dans son chiffre d'affaires par la commercialisation d'un produit concurrent ou d'un succédané. Pareille interprétation, de l'avis de cet auteur, conduirait au surplus, à l'action populaire «elle entrerait en conflit avec notre conception de la liberté économique».

A nos yeux, ces craintes ne justifient pas que l'on adopte une conception étroite du recours du concurrent. En premier lieu il sied de remarquer que les arguments qui en matière cartellaire, militent en faveur d'une conception étroite de la concurrence restreinte au marché homogène afin d'accroître l'efficacité des mesures qui visent à réprimer les entraves à la concurrence, ne sont pas applicables à la problématique qui nous préoccupe. Bien au contraire, la protection des droits des citoyens face aux distorsions de la concurrence provoquées par l'Etat, milite en faveur d'une conception du marché qui tienne compte des effets étendus que peuvent avoir les mesures adoptées par l'administration à l'égard des divers agents participant au processus économique.

S'agissant de l'argument évoqué par MACHERET, nous considérons qu'il ne se justifie pas d'exclure a priori tout recours du commerçant qui se trouve en concurrence de substitution avec le destinataire de la mesure attaquée. Il nous apparaît au contraire conforme à la garantie institutionnelle de la liberté de commerce et d'industrie de permettre à ce même agent économique de s'adresser au juge pour faire censurer une distorsion illégale de la concurrence qui est de nature à lui causer un préjudice économique.

Nous sommes néanmoins d'avis que pour prévenir l'action populaire, il est souhaitable que dans le cadre de l'exigence de l'intérêt «digne de protection», l'on demande du concurrent qu'il justifie d'un préjudice économique d'une certaine intensité. Contrairement à ce que semble avoir admis le Tribunal fédéral dans les jurisprudences citées précédemment, nous pensons que le simple fait pour un concurrent d'alléguer la perte d'un client,

wägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, RDS 1970, p. 62 et ss. Voir s'agissant de la notion de concurrence dans la loi sur la concurrence déloyale, TROLLER, Précis de droit de la propriété immatérielle, Bâle 1978, p. 174 et références citées.

<sup>46</sup> Op. cit., p. 172.

voire même d'un client potentiel<sup>47</sup>, ne mérite pas la considération du juge administratif. Il est ainsi préférable d'étendre le cercle des concurrents habilités à saisir la juridiction administrative pour tenir compte des effets réels que peuvent avoir des mesures économiques de l'Etat, tout en se montrant plus sévère s'agissant de la gravité de la lésion et de l'intérêt allégué par le recourant. La conception actuelle du Tribunal fédéral qui admet le recours dès l'instant où la possibilité de gain de l'entrepreneur qui offre sur le même marché un produit identique est affectée, mais exclut tout recours en cas de concurrence de substitution même s'il y a préjudice économique effectif, n'est pas rationnelle. La garantie dont bénéficient les agents économiques aux termes de la liberté de commerce et d'industrie n'est bien évidemment pas absolue; elle ne met pas le producteur ou le distributeur à l'abri de toute restriction. Le concurrent n'a pas un intérêt qui mérite la considération de la juridiction administrative lorsqu'il allègue une distorsion mineure de la concurrence sur le marché en raison d'une intervention étatique.

Il est dès lors légitime d'exiger pour que le recours du concurrent soit recevable que la lésion invoquée soit de nature à mettre en cause la capacité concurrentielle de l'entreprise de sorte que celle-ci est atteinte dans son existence juridique et économique. En pareilles circonstances en effet, l'égalité des chances d'accès au marché est vidée de sa substance. Dès lors le seul fait d'alléguer la perte d'un client ne suffit pas. Si à l'évidence la position concurrentielle de l'entreprise privée sur le marché est digne de protection face aux décisions économiques de l'Etat, il n'en va pas de même de la possibilité de gain en général des entrepreneurs qui ne peuvent pas se prévaloir d'une garantie de clientèle.

Le réexamen que nécessite l'approche du recours du concurrent implique également que l'on abandonne la distinction artificielle opérée par la jurisprudence entre le «tiers intervenant» et le concurrent qui est légitimé à saisir les tribunaux lorsqu'une mesure favorise indûment un tiers. Cette distinction est fondée sur des conceptions purement procédurales et ne répond pas à la réalité économique. Elle ignore en particulier que des entreprises de divers niveaux économiques peuvent être concurrentes. En limitant le recours en cas de distorsion de la concurrence à un niveau purement horizontal (agents économiques de même niveau agissant sur le même marché), la jurisprudence restreint de manière injustifiée la protection juridictionnelle. Il apparaît, dans

<sup>47</sup> ATF 100 Ib 421.

cette perspective, que l'arrêt Schoeller du 30 novembre 1973 analysé plus haut<sup>48</sup> énonce des principes qui ne sauraient être maintenus; il convient au contraire en la matière de confirmer la solution retenue dans l'arrêt Société générale d'entreprise SA du 1<sup>er</sup> mai 1981<sup>48bis</sup>. L'argument déterminant dans l'affaire Schoeller semble avoir été la crainte de voir ouvrir le recours populaire. Les considérants de l'arrêt indiquent la volonté du Tribunal fédéral d'éviter par exemple que l'architecte et l'entrepreneur aient qualité pour recourir en matière d'octroi de permis de construire. En réalité les mêmes exigences qui viennent d'être esquissées ci-dessus doivent s'appliquer en l'espèce. La perte d'un client potentiel pour l'architecte ou l'entrepreneur ne suffit pas en elle-même à légitimer son recours auprès de la juridiction administrative. La position doit être différente dans le cas où l'intervention de l'administration à l'égard du tiers est de nature, par exemple et dans un cas extrême, à remettre en cause définitivement l'existence de l'entreprise. Dans ce cas, il nous apparaît que l'intérêt allégué est certainement digne de protection et mérite au moins autant de considération que l'intérêt reconnu légitime des pharmaciens bernois qui se sentaient menacés par l'ouverture d'une officine concurrente dans la gare de la ville.

Les éléments qui précèdent n'ont ni la prétention ni la possibilité d'écartier tout doute ou incertitude concernant la qualité pour recourir du concurrent. En la matière il serait faux d'imaginer, sauf à réduire la qualité pour recourir au seul destinataire de la décision, que l'on puisse fournir une réponse unique et définitive à la question de la recevabilité. C'est de manière légitime que LALIGANT traitant des divers critères qui doivent être utilisés pour analyser la vocation pour agir, a noté que celle-ci dépend en dernière analyse de l'appréciation très subjective et presque arbitraire du juge:

« Bien que décevant pour des esprits avides de constructions brillantes, le seul qui paraisse respecter la réalité est celui qui consiste à dire que la qualité dépend essentiellement de l'appréciation discrétionnaire du juge, portée dans chaque cas d'espèce sur la valeur de l'intérêt invoqué »<sup>49</sup>.

### *3.4. Protection des secrets commerciaux*

Il convient d'évoquer dans la perspective du recours du concurrent l'importance que peut revêtir le problème du maintien des secrets commerciaux. Il faut en effet éviter que le tiers n'utilise la

<sup>48</sup> ATF 99 Ib 378.

<sup>48bis</sup> ATF 107 Ib 43.

<sup>49</sup> La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif, p. 79.

voie du contentieux administratif pour accéder sans restriction, grâce aux droits que lui confère la procédure en qualité de partie, aux diverses pièces du dossier y compris celles qui peuvent contenir des données et des secrets commerciaux du destinataire de la décision. Il ne faudrait pas en effet que le recours soit un moyen détourné pour percer le caractère confidentiel de certaines informations relatives à la clientèle ou à la situation financière détaillée du concurrent. C'est pour éviter une telle situation que le législateur lorsqu'il a élaboré la loi fédérale sur la procédure administrative a prévu à l'article 27, alinéa 1, lettre b) que l'autorité peut refuser la consultation de pièces si des intérêts privés importants, en particulier ceux de la partie adverse, exigent que le secret soit gardé<sup>50</sup>. Ayant posé ce principe, le législateur fédéral devait déterminer les conséquences que peut avoir pour les parties la présence au dossier d'un document qui est couvert par le secret. L'interdiction totale d'utiliser cette pièce ne pouvait pas être acceptée en raison des ses inconvénients. Comme l'a relevé à juste titre KNAPP<sup>51</sup> «il serait, cependant, paradoxal que pour protéger un intérêt juridique d'un administré au maintien d'une décision, l'autorité doive révéler un secret à un tiers qui n'a qu'un intérêt de fait au recours, secret qui serait précisément d'intérêt public de ne pas révéler, mais dont la non-révélation entraînerait la cassation de la décision, par hypothèse, favorable à l'administré!» L'article 28 de la loi fédérale sur la procédure administrative a dès lors prévu qu'avant d'utiliser au désavantage d'une partie des documents qu'elle ignore, l'autorité doit lui communiquer leur contenu essentiel, en la mettant en mesure de s'exprimer et de fournir des contreprenues. Cela permet de prendre en compte des documents secrets sans les produire directement à toutes les parties à la procédure tout en sauvegardant les intérêts de celles-ci.

La Division de la justice a eu l'occasion d'examiner cette question dans un avis de droit qu'elle a soumis le 17 juin 1975 à propos de l'intervention de tiers dans la procédure s'agissant de l'activité de surveillance des banques par la Commission fédérale des banques<sup>52</sup>. Dans cet avis, l'autorité ayant reconnu qu'un créancier bancaire a un intérêt digne de protection à ce qu'une décision soit prise pour remédier aux irrégularités éventuelles commises par une banque, a souligné que se pose le problème

<sup>50</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p.133 et ss; GRISEL, Droit administratif suisse, p.472.

<sup>51</sup> Exécutif et judiciaire à Genève, Genève 1978, p.80.

<sup>52</sup> JAA 41 (1977) N° 55.

délicat de la consultation des pièces du dossier et le problème de la motivation de la décision. La plupart des pièces qui permettent à la Commission fédérale des banques d'exercer ses fonctions sont confidentielles. Il en va ainsi en particulier des rapports de révision relatifs à la banque. La Division de la justice a jugé que la décision dans sa motivation ne peut pas se référer à des faits et émettre des considérations qui exigent la plus grande discrétion:

«L'article 27, premier alinéa, lettre b) PA, permet à l'autorité administrative de refuser la consultation de pièces, si des intérêts privés importants exigent que le secret soit gardé. Il est vrai que l'article 28 PA déclare qu'une pièce dont la consultation a été refusée à la partie, ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contrepreuves».

La Division de la justice se référant à une décision antérieure du Conseil fédéral du 10 octobre 1973<sup>53</sup> a rappelé pour le surplus qu'il convient de mettre en balance les intérêts en présence, soit le droit du tiers partie à la procédure à être renseigné et le droit du destinataire direct de la décision au maintien du secret. L'autorité a ainsi conclu que les faits tenus secrets peuvent être pris en considération lorsqu'ils sont importants:

«l'autorité qui statue doit cependant veiller à la sauvegarde des intérêts de la partie qui n'a pas connaissance de ces pièces. Ainsi une décision peut être prise sur la base de pièces confidentielles, sans que la motivation n'en révèle le contenu en détail ni, à plus forte raison, les reproduise».

### *3.5. Effet suspensif du recours*

Un dernier problème en relation avec le recours du concurrent concerne l'effet suspensif et le délai de recours. Il est généralement admis en droit administratif suisse que dans le cadre du contentieux, l'octroi de l'effet suspensif constitue la règle et que dès lors l'exécution d'une décision, nonobstant recours, doit avoir un caractère exceptionnel<sup>54</sup>. FLEINER est d'avis dans son ouvrage<sup>55</sup> qu'en cas de doute, l'effet suspensif doit toujours être accordé en procédure fédérale. Il s'agit d'éviter par là que l'exécution de la décision entreprise modifie la situation juridique au point qu'elle ne pourrait plus, ou ne pourrait plus que difficile-

<sup>53</sup> JAA 38 (1974) N° 40.

<sup>54</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 177 et ss; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 206.

<sup>55</sup> Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, p. 244; voir aussi JAA 39 (1975) N° 111.

ment être rétablie. Il convient toutefois de noter qu'en droit fédéral le problème de l'effet suspensif est traité différemment suivant qu'il s'agit d'un recours administratif ou au contraire d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. En effet, contrairement à l'article 55, alinéa 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative qui consacre le caractère automatique de l'effet suspensif, l'article 111 de la loi fédérale d'organisation judiciaire prévoit que, sous réserve des décisions portant condamnation à des prestations en argent, le recours n'a d'effet suspensif que si le président de la Chambre ou de la Cour le décide, d'office ou sur requête d'une partie. Ainsi que l'a rappelé GRISEL<sup>56</sup>, cette différence s'explique par la nature des autorités de recours ainsi que par la durée probable de la procédure. Alors qu'un organe administratif a, en théorie en tout cas, latitude de trancher rapidement sur le fond, tel n'est pas le cas des litiges portés devant le Tribunal fédéral ainsi que le montre malheureusement la pratique. Il est évident que ces règles s'appliquent également en matière de recours de tiers. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de relever dans sa jurisprudence que «la loi ne peut à la fois prévoir le droit de recours d'un tiers et permettre au bénéficiaire de placer ce tiers devant un fait accompli, dépouillant son droit de recours de toute portée pratique. Il serait donc choquant et, sauf circonstances exceptionnelles, impossible à justifier par un intérêt légitime, de laisser le bénéficiaire user d'une autorisation qu'un tiers peut encore attaquer lorsque cet usage a nécessairement des effets à peu près irrémédiables...»<sup>57</sup>.

L'insécurité juridique à laquelle est exposé le bénéficiaire d'une décision en raison d'une possibilité de contentieux se limite en principe à 30 jours. En effet, aussi bien l'article 106 de la loi fédérale d'organisation judiciaire que l'article 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative prévoient que le recours doit être déposé dans les 30 jours dès la notification de la décision. Les développements qui précèdent ont permis de montrer que le caractère secret de la procédure administrative peut avoir pour conséquence que le concurrent dont les intérêts dignes de protection sont lésés par la décision n'est pas immédiatement averti de la prise de décision. Aux termes des articles 34 et suivants de la loi sur la procédure administrative, il ne reçoit pas notification officielle de celles-ci, n'ayant pas été partie à la procédure de première instance. Or, théoriquement en tout cas, l'application

<sup>56</sup> Droit administratif suisse, p.509.

<sup>57</sup> ATF 96 I. 511.

des principes consacrés aux articles 38 de la loi fédérale sur la procédure administrative et 107, alinéa 3 de la loi fédérale d'organisation judiciaire qui stipulent qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice, permet au tiers d'introduire un recours dans les 30 jours à compter du jour où il a effectivement connaissance de la décision, même si cela se situe après l'échéance du délai. Il convient ainsi de signaler que contrairement à la législation genevoise de procédure administrative les dispositions fédérales ne contiennent pas de limite en la matière. A Genève, la loi instituant un code de procédure administrative du 6 décembre 1968, prévoit qu'une décision ne peut plus être attaquée lorsqu'il s'est écoulé plus de 6 mois depuis la date à laquelle elle a été rendue. Or, il est évident que l'effet suspensif lié à un recours recevable après l'échéance du délai de 30 jours peut être de nature à causer un préjudice économique considérable pour le bénéficiaire de la décision. Deux arguments de procédure permettent en l'état d'éviter le problème:

a) En premier lieu, il faut rappeler que la qualité pour recourir présuppose l'allégation d'un intérêt digne de protection ayant un caractère actuel<sup>58</sup>. Pratiquement, il arrivera fréquemment qu'avec l'écoulement du temps le recours perde l'élément d'actualité nécessaire et devienne dès lors irrecevable.

b) L'article 111, alinéa 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire oblige le juge lorsqu'il doit statuer sur la demande d'effet suspensif à procéder *in concreto* à une comparaison des intérêts, soit en pesant l'intérêt à l'application de la décision attaquée et l'intérêt que peut avoir le recourant à en obtenir la suspension<sup>59</sup>. Dans un procès où deux particuliers s'opposent à l'occasion d'une procédure administrative la pesée implique quasi exclusivement la comparaison de deux intérêts privés<sup>60</sup>. Or, il est unanimement admis qu'un des critères d'appréciation est celui du préjudice subi par l'une des parties compte tenu de la durée probable du procès ouvert devant le Tribunal Fédéral. Il y a lieu de se montrer d'autant plus restrictif lorsque le recours intervient au delà du délai normal, qu'en l'état, si l'effet suspensif est accordé à un recours qui est ensuite rejeté, la partie qui a gain de cause ne peut

<sup>58</sup> Voir notamment GRISEL, Droit administratif suisse, p. 478.

<sup>59</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p. 206; STEINITZ, Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichts in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, RDS 1934, p. 199 et ss, 209.

<sup>60</sup> JAA 41 (1977) N° 37; Gygi, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF 1976, p. 217 et ss, 225.

pratiquement pas engager la responsabilité civile du tiers recourant<sup>61</sup>.

En raison de l'aspect automatique de l'effet suspensif, prévu par l'article 55 de la loi fédérale sur la procédure administrative, le contentieux porté devant un autre organe que le Tribunal fédéral ne permet pas dans la même mesure de prévenir les dangers évoqués ci-dessus. Certes il convient de relever que l'alinéa 2 de l'article 55 donne pouvoir à l'autorité de recours, après le dépôt du recours, d'ordonner le retrait de l'effet suspensif. Il sied toutefois de mettre en évidence qu'à teneur de la même disposition, ce retrait ne peut pas intervenir lorsque le litige porte sur une prestation pécuniaire. Cette disposition est de nature à exclure l'ensemble du contentieux relatif aux aides et aux subventionnements dont l'importance a déjà été soulignée dans le domaine de l'interventionnisme économique. Dans ces conditions, l'on est en droit de penser qu'il serait souhaitable, pour le moins, de modifier l'article 55, alinéa 2 de la loi de procédure administrative en l'alignant sur la formulation de l'article 111, alinéa 1 OJF, qui limite l'effet suspensif automatique non pas aux décisions «portant sur une prestation pécuniaire», mais aux décisions «portant condamnation à une prestation en argent». Par ailleurs, il apparaîtrait indiqué, dans la perspective du maintien de la sécurité juridique, d'accompagner l'élargissement relatif de la définition de la qualité pour recourir du concurrent préconisé ci-dessus, d'une adjonction aux dispositions fédérales de procédure excluant tout recours lorsqu'il s'est écoulé plus de 6 mois depuis la date à laquelle la décision a été rendue.

#### *4. Modification de l'organisation judiciaire*

##### *4.1. Magistrature économique?*

Les difficultés auxquelles se heurte le contrôle juridictionnel des décisions économiques de l'Etat, ont conduit divers auteurs à envisager de soustraire le contentieux aux tribunaux administratifs ordinaires pour le confier à des juridictions spécialisées. SCHRANZ dans son étude consacrée au rôle du juge en présence

<sup>61</sup> Voir SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, p.209 et références citées; GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, p.226.

des problèmes économiques en droit commercial belge<sup>1</sup> a préconisé, dans un système économique caractérisé par une intervention accrue des pouvoirs publics, l'institution d'une magistrature économique qui pourrait prendre la forme d'une chambre à trois juges composée d'un juriste ayant une sérieuse formation en économie politique, d'une personne rompue à la vie des affaires et d'un économiste ayant une formation approfondie quant aux aspects institutionnels de l'économie. Dans notre pays, certains auteurs ont évoqué la possibilité d'une telle réorganisation dans le contentieux administratif. Ainsi par exemple, SCHMIDHAUSER<sup>2</sup> dans son ouvrage, après avoir analysé la jurisprudence relative au statut de l'horlogerie et y avoir décelé une certaine impuissance du Tribunal fédéral face aux domaines techniques de politique économique, a expressément envisagé la possibilité d'autres formes de protection juridique consistant notamment dans la création d'une juridiction spécialisée de droit administratif économique. Aux yeux de cet auteur il s'agit des mêmes motifs qui justifient la création des commissions de recours dans des domaines où le caractère technique des questions exclut que l'on confie le litige à des juridictions ordinaires. JUNOD<sup>3</sup> dans son étude relative aux garanties institutionnelles de la liberté de commerce et d'industrie a préconisé en vue d'un renforcement de la protection de la liberté de commerce et d'industrie contre les actes du pouvoir exécutif, la création d'un organe spécialisé politique par son origine parlementaire, mais technique au point de vue tant économique que juridique. Cet organe devrait éviter d'être absorbé par les aspects mineurs du contentieux administratif afin de lui permettre de contrôler l'évolution du droit économique ainsi que de jouer un rôle consultatif de contrôle préventif en matière de constitutionnalité.

Cela étant, de manière générale, il convient de relever que les auteurs se sont montrés plutôt négatifs face à l'idée de l'institution d'une juridiction administrative économique spécialisée. Ainsi par exemple, PERROT<sup>4</sup> a relevé qu'à ses yeux, il faut avoir le courage de dire en langage clair que, par le biais de l'institution de juridictions économiques, l'on cherche à constituer une magistrature «déliée de la règle de droit qui n'obéira plus à d'autres

<sup>1</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial belge, p. 138.

<sup>2</sup> Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, p. 30 et 31.

<sup>3</sup> Les garanties institutionnelles de la liberté de commerce et d'industrie.

<sup>4</sup> Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, p. 271.

préoccupations qu'à des facteurs de pure opportunité économique». Selon cet auteur, la justice risque d'être éclipsée par d'autres impératifs plus ou moins arbitraires de sorte qu'il est de loin préférable d'intégrer les experts à la formation du jugement des juridictions administratives traditionnelles. Par ailleurs, TRUCHET<sup>5</sup> a quant à lui remarqué que l'existence d'une juridiction économique spécialisée conduirait à des problèmes de partage de compétences contentieuses d'une effroyable complexité ; un code de droit économique ne pourrait être qu'un ensemble ou très vague ou démesuré voué inévitablement, selon cet auteur, à l'instabilité et donc de peu d'utilité.

En Suisse, l'idée de la spécialisation du contentieux administratif n'a eu d'autre concrétisation que la mise sur pied de commissions de recours et d'arbitrage statuant en première instance. Suivant en cela l'opinion critique émise par IMBODEN à l'égard de ces juridictions administratives spécialisées<sup>6</sup>, le législateur en 1968, lorsqu'il a restructuré la juridiction administrative fédérale, a soumis les décisions des commissions de recours au contrôle du Tribunal fédéral. En dépit des difficultés auxquelles se heurte le contrôle exercé par le Tribunal fédéral, il nous apparaît aujourd'hui exclu, sous prétexte de technicité, d'envisager de supprimer la censure exercée par la juridiction suprême de notre pays à l'égard des décisions économiques de l'Etat. Il est essentiel que le contentieux puisse être porté devant un organe indépendant aussi bien de l'administration que des milieux professionnels concernés. L'indépendance de la justice administrative constitue un des arguments majeurs qui s'oppose à l'idée de soustraire aux juridictions administratives ordinaires le contentieux économique pour le remettre dans les mains d'une magistrature spécialisée faisant appel, comme c'est le cas actuellement pour la pluspart des commissions de recours, à des spécialistes issus des milieux économiques. L'élaboration et l'exécution de la réglementation économique font l'objet en Suisse d'une collaboration étroite et constante entre l'administration et les représentants des différents groupes de l'économie. Cette collaboration, pour souhaitable et utile qu'elle soit, ne doit pas s'étendre au contrôle des interventions de l'administration, contrôle qui doit être confié à un organe tiers indépendant. A lui seul le risque de voir un spécialiste issu des milieux économiques juger l'un de ses concurrents justifie le bien-fondé de ce postulat. Cela étant, cela ne

<sup>5</sup> Réflexions sur le droit économique public en droit français, p. 1014.

<sup>6</sup> Voir notamment, Der Richter im Verbandsstaat, p. 219 et ss.

signifie pas qu'il faille aller pour ce motif jusqu'à supprimer les commissions de recours existantes. Conformément à l'article 105, alinéa 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, ces commissions ont l'avantage de décharger le Tribunal fédéral, dont la surcharge a souvent été dénoncée<sup>7</sup> de la tâche d'établir les faits qui se trouvent à la base du litige.

#### *4.2. Besoins spécifiques du contentieux économique*

Pour déterminer quelles sont les mesures qu'il convient d'adopter aux fins de rationaliser le fonctionnement du contentieux administratif dans le domaine du droit économique, il sied à nos yeux de rappeler quelles sont les préoccupations principales et les caractéristiques de ce contentieux:

a) En premier lieu, l'on doit insister sur le fait que la grande majorité des divergences qui peuvent survenir à l'occasion des décisions économiques de l'administration concernent en dernière analyse l'état de fait qui sert de base à la mesure d'intervention étatique ainsi que l'opportunité de cette intervention. C'est dire une fois encore que l'élément proprement juridique ne joue qu'un rôle secondaire dans le litige.

b) En raison même des impératifs économiques, le contentieux n'a de sens que s'il se déroule rapidement et qu'il aboutit à une prise de décision dans des délais rapprochés.

Pour répondre en partie en tout cas à ces exigences, l'on peut envisager tout d'abord d'accélérer la procédure contentieuse. C'est dans cette perspective que la commission d'experts chargée de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire a discuté d'un projet de procédure simplifiée devant le Tribunal fédéral. Une telle procédure permettrait aux sections statuant dans la composition de trois juges sans délibération publique, de juger les recours manifestement irrecevables ou mal fondés sans qu'un échange d'écritures soit nécessaire, ainsi que les recours manifestement bien fondés après échange d'écritures. En pareille circonstance, le jugement serait sommairement motivé, le Tribunal pouvant se borner à confirmer des motifs invoqués par l'administration dans la décision attaquée. Ces dispositions, dont l'adoption est certainement souhaitable, déchargeront en partie en tout cas le Tribunal fédéral de son activité. Elles n'auront en revanche pas pour objet, si ce n'est indirectement par l'allégement du rôle qu'elles procurent d'accélérer les procédures juridictionnelles

<sup>7</sup> Voir notamment GRISEL, La surcharge des cours suprêmes et les moyens d'y remédier, Zbl 1978, p.373 et ss.

dont l'issue n'est pas manifeste. Pour le surplus et par définition, en raison même du pouvoir d'examen qui est le sien, le Tribunal fédéral reste et doit demeurer un organe chargé de trancher des contentieux ayant un caractère juridique marqué. Il en va en définitive de même, des commissions de recours extérieures à l'administration, bien que celles-ci aient plein pouvoir s'agissant de l'établissement des faits et que, de l'avis de la doctrine, elles puissent se prononcer en opportunité<sup>8</sup>.

#### *4.3. Codification de la procédure d'opposition*

A nos yeux, la procédure qui présente le plus de souplesse en raison de l'absence de formalisme et qui peut permettre un réexamen rapide des faits et des aspects techniques d'opportunité de la cause à moindre frais, est la procédure d'opposition. L'opposition qui n'a jusqu'ici pas fait l'objet de codification générale en droit fédéral comme le relève GRISEL, est une procédure qui invite l'auteur d'une décision à la modifier, à l'annuler ou à en constater la nullité<sup>9</sup>. Dans la mesure où l'opposition s'adresse à l'autorité qui a statué, ce moyen de droit se distingue du recours ; c'est donc à tort que parfois dans la législation, sont baptisés «opposition» des moyens qui visent à porter le litige devant une instance hiérarchique supérieure. Tel est le cas par exemple de l'article 9 de l'arrêté du Conseil fédéral relatif à l'aide au service consultatif et sanitaire en matière d'élevage de porcins<sup>10</sup>. En revanche, des procédures d'opposition stricto sensu sont instituées par diverses législations économiques. Ainsi par exemple, la législation relative à l'exportation des vins indigènes prévoit que les décisions prises par la Division fédérale de l'agriculture sur proposition d'une commission de contrôle formée d'experts peuvent faire l'objet d'une procédure d'opposition dans les dix jours qui suivent leur communication. Cette procédure aboutit à une nouvelle décision de la Division fédérale de l'agriculture après examen du cas par une commission de surexpertise<sup>11</sup>. Dans un autre domaine du droit économique, soit celui relatif au contrôle officiel de la qualité en matière d'industrie horlogère, l'article 16 de l'arrêté fédéral<sup>12</sup> institue une procédure d'opposition à l'encontre des décisions prises par l'Institut pour le contrôle officiel de la qualité. Cette même disposition stipule que l'opposition

<sup>8</sup> Voir GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 28.

<sup>9</sup> Droit administratif suisse, p. 461 ; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 27.

<sup>10</sup> RS 916.314.1.

<sup>11</sup> RS 916.145.211.

<sup>12</sup> RS 934.11.

doit être faite dans les dix jours et qu'elle n'a pas d'effet suspensif. Un dernier exemple est constitué par l'article 5 de l'arrêté fédéral sur les mesures économiques extérieures<sup>13</sup> qui prévoit que les décisions de l'Office suisse de compensation prises en application des tâches qui lui sont conférées par l'arrêté peuvent faire l'objet d'une opposition. Les développements de la présente étude ont déjà permis de mettre en évidence l'utilisation aussi bien par la Banque nationale que par la Commission fédérale des banques, de procédures qui aboutissent à décomposer le processus de prise de décision administrative en deux étapes. La première étape est constituée parce que la Commission fédérale des banques appelle des recommandations, étant admis que ce n'est qu'en cas de désaccord des intéressés que la recommandation est transformée par la Commission en une décision sujette à recours. S'il convient de rappeler ce processus à ce stade de l'analyse, c'est pour souligner qu'il aboutit en définitive à instituer une procédure qui est proche de l'opposition. En effet, la pratique démontre que le refus d'accepter une recommandation permet à la banque concernée de faire valoir ses moyens ce qui peut aboutir à une révision de la position adoptée en première instance.

La souplesse de cette institution provient du fait qu'elle se situe à la frontière entre le non-contentieux et le contentieux et qu'elle permet un réexamen du dossier par une autorité compétente en la matière. Cette procédure qui ne semble pas avoir la faveur de la doctrine n'est justifiée de l'avis des auteurs que dans les domaines où les affaires à liquider sont trop nombreuses pour être toutes traitées d'une façon approfondie<sup>14</sup>. Cette approche restrictive n'est pas celle de certains droits cantonaux de procédure administrative. Ainsi par exemple, le droit bernois ainsi que le droit jurassien et plus précisément les articles 90 à 107 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives de ce dernier canton, ont généralisé l'opposition en tant que préalable à la procédure contentieuse. S'il est certain qu'une généralisation de la procédure d'opposition en droit administratif fédéral n'est pas souhaitable, il nous apparaît en revanche utile d'en consacrer l'existence dans les divers cas de décisions économiques qui relèvent du pouvoir d'appréciation ou du pouvoir discrétionnaire de l'autorité. Pour maintenir les avantages d'une telle procédure dans la perspective d'une codification dans la loi fédérale sur la

<sup>13</sup> RS 946.201.

<sup>14</sup> GRISEL, Droit administratif suisse, p.462 ; KNAPP, Précis de droit administratif, p.205.

procédure administrative, il conviendrait d'en limiter son formalisme. Pour l'essentiel les normes devraient se borner à préciser que l'opposition est formée par écrit avec indication de motifs et des moyens de preuve éventuels, qu'elle a en principe effet suspensif et que la qualité pour former opposition se définit dans les mêmes termes que la qualité pour recourir. S'agissant des délais pour statuer, la loi pourrait prévoir que la nouvelle décision de l'autorité doit être prise dans les 30 jours sous réserve de circonstances particulières pouvant motiver une extension de ce délai, circonstances qui doivent alors être notifiées par écrit avec indication de motifs à l'administré. L'objection majeure que l'on peut formuler à la procédure d'opposition réside dans le fait que dans la mesure où elle est adressée à la même autorité qui a statué en première instance, elle ne permet pas un examen indépendant du dossier et n'aboutit dans la plupart des cas qu'à une confirmation de la première décision. Comme nous l'avons déjà souligné précédemment, une telle affirmation est nettement trop absolue. La pratique démontre que les administrations fédérales compétentes se montrent ouvertes à une discussion et une négociation s'il apparaît à l'occasion d'un nouvel examen du dossier, qu'un élément de fait a été négligé. Par ailleurs l'on peut songer, aux fins d'éviter cet écueil, d'améliorer la procédure d'opposition en obligeant par exemple l'administration de s'adoindre des personnes extérieures lorsqu'elle entend confirmer la première décision. Ces personnes extérieures pourraient être choisies en fonction de leur compétence particulière dans la matière considérée parmi un collège désigné à l'avance par le Conseil fédéral. Cette intervention d'un élément neutre dans la procédure d'opposition permettrait au moins de veiller d'une part à ce que tous les faits pertinents aient été régulièrement établis par l'administration et d'autre part de censurer les éventuelles erreurs manifestes commises par l'autorité.

L'institution d'une procédure d'opposition devrait au surplus permettre de simplifier la procédure de recours en supprimant dans les cas où il est encore prévu, le recours hiérarchique préalable au contentieux devant le Tribunal fédéral ou devant un autre organe extérieur à l'administration.

Les réflexions qui précèdent nous amènent à conclure que le contrôle de l'administration par la voie du contentieux de recours devant une autorité juridictionnelle, dans la mesure où il est fondé sur une comparaison entre une norme et un état de fait juridique, est une technique qui peut assumer son efficacité dans le cadre de litiges ayant un caractère juridique prédominant.

Pour ces cas, il y a lieu de développer et d'aménager ce contentieux en élargissant aussi bien la notion d'acte sujet à recours que la qualité pour recourir ou encore le pouvoir d'examen du juge par le biais de la reconnaissance de l'existence juridique des directives. Dans ce domaine, il nous apparaît légitime de faire confiance aux juristes même si comme l'a souligné JUNOD, aux yeux des économistes, ceux-ci ne sont que «des technocrates formalistes, entre les mains desquels il est imprudent de placer des concepts économiques qu'ils ne comprennent guère qu'ils sont en conséquence portés à déformer de manière imprévisible...»<sup>15</sup>. Dans les autres cas, en revanche, il faut imaginer des procédures qui, à l'instar de l'opposition, mettent plus l'accent sur le dialogue et la négociation avec l'administration que sur le formalisme qui caractérise la procédure contentieuse.

D<sup>r</sup> Pierre Louis Manfrini  
Rte de Malagnou 37  
CH-1208 Genève

<sup>15</sup> Liberté économique et révision totale de la Constitution fédérale, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, 1980, p. 35 et ss, 39.