Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 137 (2018)

Artikel: Quelle autonomie pour l'État?

Autor: Défago Gaudin, Valérie

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896119

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: 10.12.2025

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

Quelle autonomie pour l'Etat?

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*, **

* Professeure à l'Université de Neuchâtel.

** Je remercie Madame TIFENN BEURET et Monsieur ALEN UDOVCIC, tous deux assistants-doctorants, ainsi que Madame SÉVERINE BEURET, assistante-étudiante, de l'aide apportée à l'élaboration de ce texte.

Inhaltsverzeichnis

A. Introduction 241
B. Remarques préliminaires et problématique 243
I. L'Etat, les collectivités publiques, les entités décentralisées de droit public . . 243
II. Le recours au droit privé 245
III. La distinction entre droit public et droit privé 248
IV. Trois arrêts du Tribunal fédéral 249
1. L'arrêt Banque nationale suisse 250
2. L'arrêt La Poste 252
3. L'arrêt Glarnersach 254
V. La problématique 256
C. Le rattachement à une tâche de l'Etat 258
I. Généralités 259
II. Le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. 260
1. La notion de tâche de l'Etat 260
2. La notion de tâche de l'Etat dans la jurisprudence 263
3. Synthèse 267
III. L'obligation découlant de l'article 35 al. 2 Cst. 269
D. Le maintien du critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé 272
I. La position soutenue 272
II. L'autonomie privée comme piste de réflexion 276
E. Le respect des droits fondamentaux par l'Etat 283
I. Remarques préliminaires 283
II. La prise en compte des intérêts contradictoires dans l'examen des droits fondamentaux 287
1. L'interdiction des discriminations 287
2. Les libertés 289
3. L'égalité de traitement 290
4. Synthèse 293
F. Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux 293
I. Le contrôle juridictionnel 294
II. Le contrôle issu de la gouvernance des entreprises publiques et des règles sur la transparence 298
G. Conclusion 301

A. Introduction

«Marges de manœuvre individuelles en droit privé, en droit pénal et en droit public ainsi que dans les relations internationales». L'intitulé du Congrès 2018 de la Société suisse des juristes invitait de prime abord à se placer du point de vue de l'individu, de l'administré, et à s'interroger sur la marge de manœuvre qui est la sienne dans un espace marqué par une inflation normative, par l'accroissement de la technicité des matières et par la multiplication et la diversification des moyens d'action de l'Etat. Une autre approche pouvait être de se placer du point de vue de l'Etat et de se pencher sur la marge de manœuvre dont il dispose dans son activité d'autorité. L'on peut penser alors, notamment, à la no-

tion de pouvoir d'appréciation, qui, dans la marge laissée libre par le principe de la légalité, permet à l'administration de réaliser la composante politique de l'activité gouvernementale. Nous n'avons opté pour aucune de ces approches.

Dans un contexte de libéralisation des secteurs auparavant monopolisés par l'Etat et de développement des activités économiques de l'Etat, il nous a paru intéressant de faire porter notre analyse sur la constellation dans laquelle l'Etat déploie son activité et entre au contact des administrés en recourant au droit privé. En effet, il a toujours été admis que l'Etat puisse agir «comme une personne privée», notamment lorsqu'il gère ses biens propres. De même, les règles d'admission au recours en matière de droit public réservent aux collectivités publiques l'accès au juge lorsque celui-ci est «touché comme un particulier». Mais dans un même temps, on a très souvent lu en doctrine, et reprenant en cela les termes de GRISEL, que: *«Pour l'administré, l'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé. Aussi, même en cas d'application du droit privé comme tel, l'administration se conformera-t-elle aux normes constitutionnelles»*[1].

Lorsque l'Etat agit en droit privé, il se fonde, comme tout particulier, sur des normes du droit privé, notamment les règles du Code des obligations. Le droit des contrats repose sur le principe de la liberté contractuelle, notion intimement liée au concept de l'autonomie privée. L'occasion du Congrès 2018 de la Société suisse des juristes est donc idéale pour se demander, de manière tout à fait provocatrice, si l'Etat dispose d'une marge de manœuvre «individuelle» et d'une autonomie «privée» lorsqu'il agit sur le terrain du droit privé.

La question n'est pas nouvelle et de nombreux auteurs avant nous l'ont abordée[2]. Mais à l'heure où l'Etat revendique de pouvoir déployer des activités économiques sur des marchés libéralisés, base légale à l'appui, et après que le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts de principe touchant l'un à l'absence d'obligation de La Poste de respecter les droits fondamentaux dans son activité en concurrence[3] et l'autre au fondement constitutionnel des activités économiques de l'Etat[4], il nous paraît légitime de l'aborder à nouveau.

Notre contribution se fonde essentiellement sur la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral. Ce n'est que rarement que nous nous sommes référée à la jurisprudence des juridictions inférieures, sauf lorsque des cas emblématiques ont

---

1 GRISEL ANDRÉ, Traité de droit administratif, Vol. I, Neuchâtel 1984, p. 116.

2 Not. EICHENBERGER KARL, Verwaltungsprivatrecht, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1985, p. 75 ss; HANGARTNER YVO, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzzini, Berne 1990, p. 143 ss; KNAPP BLAISE, L'Etat agissant en droit privé, in Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique – Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, p. 169 ss; LEUTHOLD MAJA, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Sachen, Zurich 1970; MÜLLER PAUL RICHARD, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zurich 1970; RHINOW RENÉ, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1985, p. 295 ss.

3 ATF 129 III 35.

4 ATF 138 I 378.

été traités par celles-ci. Une étude complète mériterait une approche empirique de l'ensemble de la jurisprudence, publiée et non publiée, des juridictions cantonales et du Tribunal fédéral. Le présent Rapport pourra, le cas échéant, constituer le point de départ d'une telle recherche. Par ailleurs, nous n'avons fait qu'effleurer les thèmes pourtant essentiels que sont celui de l'ancrage des compétences de l'Etat et de la possibilité qu'il a d'invoquer la protection des droits fondamentaux. Il s'agit de questions fondamentales qui mériteraient que l'on y consacre une réflexion théorique bien plus approfondie que celle qui nous a occupée les quelques semaines qu'a duré la rédaction de cette contribution. Pour le même motif, nous avons également renoncé à une approche comparatiste. L'étude du droit allemand aurait certainement permis d'apporter des pistes de réflexion enrichissantes. En effet, non seulement le droit administratif suisse est dans une grande mesure empreint du droit de son voisin, mais la question particulière du régime juridique applicable aux actes de l'Etat relevant du droit privé est aujourd'hui encore influencée par la conception germanique du siècle passé. Enfin, c'est sous forme d'hypothèse que nous avons évoqué les questions du caractère incitatif, au regard de l'obligation de réaliser les droits fondamentaux, des différentes formes de surveillance et contrôles de l'Etat.

Les différentes étapes nous mèneront, après avoir posé quelques définitions et identifié la problématique (B.), à nous interroger sur le critère dit fonctionnel lié au rattachement d'une tâche de l'Etat tel que désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst. (C.) ainsi que sur la place que cette disposition laisse au critère dit institutionnel pour l'analyse du cadre juridique des actes de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé (D.). Nous apprécierons ensuite la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux à charge de l'Etat (E.) et, enfin, nous suggérerons un moyen supplémentaire de mettre en œuvre la protection juridique liée à cette obligation (F).

B. Remarques préliminaires et problématique

Plan. – Dans ce premier chapitre, nous précisons les notions d'Etat et de collectivités publiques telle que nous les entendons dans cette contribution (I.). Nous présentons ensuite le contexte dans lequel l'Etat recourt au droit privé (II.) et rappelons les critères de distinction entre droit public et droit privé (III.). L'examen de trois arrêts emblématiques du Tribunal fédéral (IV.) nous permettra enfin de circonscrire la problématique (V.).

I. L'Etat, les collectivités publiques, les entités décentralisées de droit public

La notion de collectivités publiques. – S'interroger sur la notion d'autonomie de l'Etat suppose de circonscrire les acteurs en cause. Par Etat, nous désignons

tout d'abord les collectivités publiques en général, à savoir la Confédération, les cantons et les communes. Notre propos se concentre avant tout sur l'administration centrale de ces collectivités. Au gré du texte, nous insistons souvent sur la différence entre ces collectivités publiques et les entités décentralisées qu'elles ont créées.

La notion d'entités décentralisées de droit public. – Par Etat, nous désignons également les entités décentralisées créées par des collectivités publiques. Il s'agit, notamment, des établissements publics[5], des corporations de droit public, comme les sociétés anonymes ou les associations de droit public[6], des fondations de droit public[7] voire de toute autre entité créée par une loi et relevant du droit public[8]. L'assimilation à l'Etat de ces entités décentralisées de droit public s'impose dans la mesure où elles sont créées par lui et, bien que «détachées» de l'administration centrale, elles demeurent des entités de droit public, dans le giron de celui-ci. Il est toutefois important, dans le même temps, de distinguer l'administration centrale des entités décentralisées de droit public dans la mesure où leur relation respective à la liberté économique peut, selon les conceptions doctrinales, apparaître de manière circonstanciée. De même, l'approche est différente, du point de vue de l'intérêt public, lorsqu'il s'agit d'apprécier les activités économiques que les unes et les autres peuvent respectivement déployer.

Délimitations. – Enfin, dans le cadre de la présente contribution, nous n'assimilons pas aux collectivités publiques et entités décentralisées de droit public les personnes privées, morales ou physiques, chargées de l'exécution de tâches publiques, qu'elles soient ou non au bénéfice d'un pouvoir de décision[9]. Il en va de même des sociétés relevant du droit privé comme les sociétés anonymes (art. 620 CO) ou coopératives (art. 828 CO), d'économie mixte, de même que les sociétés anonymes ou coopératives de droit privé, même lorsqu'elles ont été constituées par des collectivités publiques[10]. En effet, pour l'ensemble de ces acteurs, la problématique du recours au droit privé se situe avant tout dans le choix de leur transférer la mission d'accomplir une tâche publique, dans le contexte du débat général que constitue la délégation d'activités au secteur étatique privé[11] ou les privatisations[12]. Il n'en demeure pas moins que les règles et

---

5 Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 33 ss; Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, p. 43–44; Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., Berne 2014, p. 54 ss.

6 Tanquerel (note 5), p. 44–45; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 62 ss.

7 Tanquerel (note 5), p. 45–46; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 72 ss.

8 Il n'existe en effet pas de *numerus clausus* en la matière, contrairement à ce qui prévaut en droit privé.

9 On parle pour celles-ci d'«entités privées délégataires de tâches publiques»: Tanquerel (note 5), p. 47.

10 Tanquerel (note 5), p. 44–47, s'agissant de la gestion du patrimoine financier.

11 Récemment, Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016.

12 Récemment, Jaag Tobias, Mehr oder weniger Staat?, ZBl 116/2015 p. 627 ss.

principes applicables à ces entités privées chargées de l'exécution de tâches publiques sont, dans une certaine mesure, les mêmes que ceux que nous invoquerons à l'appui de la discussion de la problématique du recours au droit privé par les entités publiques. Il en va ainsi tout particulièrement de l'art. 35 al. 2 Cst.[13].

II. Le recours au droit privé

Le recours au droit privé par les collectivités publiques. – Il est admis depuis toujours que les collectivités publiques recourent au droit privé pour l'exécution de certaines de leurs tâches. Il en va ainsi lorsque les collectivités gèrent leur patrimoine financier ou leur domaine privé, lorsqu'elles acquièrent les biens, fournitures et services nécessaires à leur activité (*«Bedarfsverwaltung»*[14]), de même que lorsqu'elles poursuivent des activités économiques ou pour certaines de leurs activités de prestations[15].

L'origine. – Le recours au droit privé par les collectivités publiques tel qu'il est reconnu aujourd'hui trouve son explication dans l'origine de la formation du droit administratif dans notre ordre juridique. En effet, au début du XIXe siècle, le droit administratif suisse n'était pas un droit spécial indépendant du droit civil. Le principe des normes administratives à effet obligatoire bilatéral a émergé avec la naissance de la République helvétique et des constitutions cantonales élaborées dans le sillage de l'Acte de médiation. Cela a permis d'ouvrir la voie à une juridiction spéciale pour régler les litiges administratifs[16]. Toutefois, pendant la Régénération, sous la pression de la théorie du fisc héritée du droit allemand, en vertu de laquelle les rapports juridiques d'ordre patrimonial de l'Etat sont soumis exclusivement au droit privé[17], la juridiction administrative a perdu de son importance, de même que le droit administratif en général. Pendant cette période, l'administration et les litiges qui en découlaient furent pour la plupart subordonnés au droit privé et à la juridiction civile[18]. C'est avec l'adoption par la suite de la Constitution fédérale de 1848, puis celle de 1874, et des constitutions cantonales, que l'administration et ses activités ont été considérées comme devant être soumises non pas au droit privé, mais à un droit administra-

---

13 *Infra* C.

14 *Infra* C. I. 2.

15 Dubey/Zufferey (note 5), p. 77; Grisel (note 1), p. 118–119; Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., Zurich 2016, p. 306; Knapp Blaise, Précis de droit administratif, 4ème éd., Bâle 1991, p. 18; Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I, 3ème éd., Berne 2012, p. 110; Tanquerel (note 5), p. 127; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 399.

16 Müller Markus, Droit administratif – Origine et spécificité, Berne 2006, p. 78.

17 Moor Pierre, Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in Mélanges Henri Zwahlen, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et fiscal (éd.), Lausanne 1977, p. 145/146. Eg. Schlatter Eliane, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Zurich 2009, p. 53.

18 Müller (note 16), p. 78–79.

tif spécial. La prédominance du droit public pour les activités de l'Etat s'est affirmée dès le XXe siècle, s'exprimant tant par une réglementation croissante de divers domaines de l'administration que par le développement de la juridiction administrative[19]. Mais cette réception du droit administratif n'a pas été entière et l'Etat n'a jamais été totalement subordonné au droit administratif[20].

La justification. – Outre l'héritage historique, une partie de la doctrine voit en l'utilisation du droit privé la justification du fait que, lorsqu'il gère son patrimoine financier ou son domaine privé, acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à son activité, ou poursuit des activités économiques, l'Etat ne doit pas être mis au bénéfice d'une situation juridiquement privilégiée par une norme de droit public. Il n'existe dans ce cas aucune raison qui justifierait un régime spécial, différent de celui par lequel les particuliers sont eux-mêmes régis. En outre, dans une relation de droit privé marquée par l'autonomie de la volonté, les particuliers n'ont pas à être plus protégés que par cette autonomie qui est la leur[21].

Les interrogations. – Le recours au droit privé est admis pour certaines activités des collectivités publiques et cela n'est, fondamentalement, pas remis en cause, ni par le Tribunal fédéral ni par la doctrine[22]. En revanche, le cadre juridique dans lequel le droit privé est mis en œuvre par l'Etat a de tout temps suscité de nombreuses questions. Celles-ci ont souvent par le passé été exprimées autour de la critique fondée sur la *«fuite vers le droit privé»*, notion qui désigne le phénomène par lequel les collectivités ou entités publiques, en recourant au droit privé, cherchent à éviter les contraintes que le droit public fait peser sur l'administration en se débarrassant des éléments intrinsèques qui limitent ses activités, comme le respect des droits fondamentaux ou le principe de la légalité[23]. Aujourd'hui, le débat entourant le recours au droit privé se situe, en outre si ce n'est plus, au niveau législatif; en effet, de nombreuses lois prévoient, pour les secteurs libéralisés notamment, que l'Etat entre en contact avec les administrés par le biais du droit privé[24]. Cela étant, quelle que soit l'origine du recours au droit privé, à raison de la nature de certaines activités ou en vertu d'une base légale, les questions se posent de manière similaire et sont de deux ordres. Tout d'abord, elles concernent la matérialité du régime juridique mis en œuvre: le droit privé est-il seul applicable, ou des éléments provenant du droit public doivent-ils être pris en considération? Dans l'affirmative, quelles sont les règles du droit public que la collectivité publique doit observer et respecter? La se-

19 Müller (note 16), p. 82–83.
20 Müller (note 16), p. 83.
21 Moor/Flückiger/Martenet (note 15), p. 110–111.
22 *Supra* note 15.
23 Moor/Flückiger/Martenet/ (note 15), p. 114; Müller (note 16), p. 84. Eg. Dubey/Zufferey (note 5), p. 72; Knapp (note 15), p. 17.
24 Tel est le cas, entre autres exemples, de La Poste avec ses clients, des CFF avec les voyageurs ou des banques cantonales avec leurs clients.

conde question, qui découle de la première, concerne le contrôle juridictionnel: dans quelle mesure le choix de recourir au droit privé, respectivement la mise en œuvre, peut-il être vérifié par le juge? Au fil du temps, la doctrine s'est saisie de la question et un certain nombre de théories ou concepts ont été élaborés.

La théorie du droit administratif privé. – Issue du droit allemand, la théorie du droit administratif privé veut que même lorsqu'il agit sur le terrain du droit privé, l'Etat doit respecter les droits constitutionnels[25]. Le régime de droit privé est alors amendé de normes de droit public auxquelles l'Etat ne saurait se soustraire[26]. Le droit administratif privé constitue alors un terrain de compromis dans lequel droit public et droit privé déploient simultanément leurs effets[27]. C'est dans ce contexte que la doctrine invoque que *«l'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé»*[28]. Toutefois, les règles de droit public susceptibles de s'appliquer ne sont pas définies[29] et vont du respect de la seule interdiction des discriminations[30] à une application complète de tous les droits fondamentaux[31]. La théorie du droit administratif privé s'oppose à la théorie du fisc, laquelle soumet les rapports juridiques d'ordre patrimonial de l'Etat exclusivement au droit privé[32].

La théorie des deux niveaux ou de l'acte détachable. – Egalement issue du droit allemand, mais aussi connue du droit français[33], la théorie des deux niveaux ou de l'acte détachable permet d'appréhender un acte de nature contractuelle de droit privé par le prisme du droit administratif. L'acte relevant du contrat, en particulier sa conclusion, est considéré impliquer deux actes juridiques: un acte unilatéral fondé sur le droit public consistant en la décision de conclure, d'une part, et la conclusion du contrat de droit privé, d'autre part. Cette théorie fait un acte juridique unilatéral de ce qui, en droit privé, constitue le processus interne de la formation de volonté[34]. Le Tribunal fédéral n'a pas de position claire à propos de cette théorie. Parfois, il se défend de la faire sienne[35]; il considère au contraire que c'est au législateur de prévoir le contrôle de l'exer-

---

25 Eichenberger (note 2), p. 79 ss; Knapp (note 15), p. 17; Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Vol. II, 3ème éd., Berne 2011, p. 489 ss.

26 Dubey/Zufferey (note 5), p. 72.

27 Eichenberger (note 2), p. 80.

28 Grisel (note 1), p. 116.

29 Eichenberger (note 2), p. 80.

30 Tanquerel (note 5), p. 62–63.

31 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 306.

32 Eichenberger (note 2), p. 77.

33 Pour la distinction entre ces deux théories, à laquelle la doctrine ne procède généralement pas: Dubey Jacques, Le concours en droit des marchés publics, Fribourg 2005, p. 176 ss.

34 Eichenberger (note 2), p. 81; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 307 ss; Moor/Poltier (note 25), p. 445 ss; Tanquerel (note 5), p. 128 et 340 ss.

35 TF 4A_221/2008 du 23 septembre 2008, c. 2. Pour un exposé complet de l'influence explicite et implicite de la théorie de l'acte détachable ou des deux niveaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: Nguyen Minh Son, Le contrat de collaboration en droit administratif, Berne 1998, p. 267 ss.

cice de la marge de manœuvre de l'Etat[36], comme il l'a fait par exemple en adoptant la réglementation sur les marchés publics[37]. D'autres fois, il s'y réfère et indique les domaines dans lesquels elle est susceptible d'être invoquée[38].

Le rattachement à la tâche de l'Etat. – Plus récemment, la doctrine s'est référée au critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, codifié depuis 2000 dans la Constitution à l'article 35 al. 2. Lorsque l'activité de l'Etat sert directement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, les droits fondamentaux doivent être respectés et réalisés. En revanche, lorsque l'activité administrative est soumise au droit privé et ne sert pas directement à la mise en œuvre d'une tâche de l'Etat, celui-ci est libre d'organiser ses relations juridiques à la manière inégalitaire et arbitraire du droit privé, sous réserve des limites posées par le droit impératif[39]. Selon les partisans de l'application stricte de cette conception, l'Etat bénéficierait alors d'une autonomie analogue à l'autonomie privée lorsque son activité ne se rattache pas à l'accomplissement d'une de ses tâches[40]. Cette théorie remet en cause l'assertion de principe du Tribunal fédéral selon lequel il existerait des droits fondamentaux que l'Etat doit respecter, même lorsqu'il agit en droit privé; selon les circonstances de sa mise en œuvre, elle s'oppose, partant, à la théorie du droit administratif privé.

L'absence de réponse. – Aucune de ces théories n'a convaincu au fil du temps ou ne s'est imposée de manière explicite dans notre ordre juridique pour poser de manière claire le cadre juridique de l'action de l'Etat au moyen du droit privé. Toutefois, on le verra, chacune d'elles a marqué la jurisprudence du Tribunal fédéral, respectivement la production législative.

III. La distinction entre droit public et droit privé

La distinction entre droit public et droit privé. – Si le cadre juridique entourant la mise en œuvre du droit privé par les collectivités publiques ne bénéficie pas d'une assise certaine, en revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral a dégagé des critères permettant de distinguer si une relation relève du droit public ou du droit privé, lorsque la loi ne prévoit pas expressément que le droit privé puisse s'appliquer. Ces critères ont été exprimés dans des affaires dans lesquelles ce n'étaient pas des collectivités publiques, mais des personnes privées chargées peu ou prou de la mise en œuvre d'une tâche publique, qui étaient en cause[41]. Ils sont également utilisés lorsqu'il s'agit de qualifier le droit applica-

36 *Ibid.*
37 *Infra* D.
38 TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.2, ZBl 116/2015 p. 146.
39 Dubey/Zufferey (note 5), p. 76–77; Knapp (note 15), p. 18; Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenchaft, 4ème éd., Berne 2016, p. 111; Moor/Poltier (note 25), p. 489 laissent quant à eux la question ouverte.
40 *Ibid.*
41 ATF 138 II 134, c. 4.1.

ble à un rapport juridique[42] ou contrat[43] entre une collectivité publique et un particulier.

Les critères. – Ces critères sont au nombre de quatre: le critère ou théorie des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés; le critère dit fonctionnel, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique; le critère ou théorie du sujet ou de la subordination, qui soumet au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue; et enfin le critère modal (ou critère de la sanction) qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucun ne l'emporte sur les autres, mais il s'agit au contraire de procéder à une appréciation globale pour déterminer si le rapport juridique relève du droit public ou du droit privé[44].

Une distinction matérielle. – Il est important de relever qu'en matière contractuelle ces critères s'imposent au-delà de la volonté des parties, sauf à ce qu'une base légale impose le recours au droit privé. Le contenu réel du rapport de droit est décisif et, si une collectivité ou une entité publique est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable[45]. Selon les circonstances, l'application de ces critères de distinction peut mener à une requalification du contrat de droit privé en un contrat de droit administratif[46], rendant alors sans objet la question du recours au droit privé et du cadre juridique qui s'y rapporte.

IV. Trois arrêts du Tribunal fédéral

Trois arrêts emblématiques. – Trois arrêts emblématiques rendus dans le temps par le Tribunal fédéral permettent de donner corps à notre réflexion. Ce ne sont pas les seuls arrêts de principe auxquels nous nous référerons[47], mais ils

42 ATF 137 II 399, c. 1.1; ATF 132 I 270, c. 4.3; ATF 120 II 412, c. 1; ATF 109 Ib 146, c. 2; ATF 105 II 234, c. 2; ATF 101 II 366, c. 2.

43 ATF 134 II 297, c. 2.2; ATF 128 III 250, c. 2.2; ATF 103 II 414, c. 3.

44 ATF 138 II 134, c. 4.1.

45 ATF 142 II 154, c. 5.2.

46 *Infra* E. II. 3.

47 ATF 109 Ib 146; ATF 129 III 35; ATF 138 I 378. Ont également une importance marquante l'arrêt de l'affichage sur les bus lucernois de 2001, dans lequel le Tribunal fédéral dit expressément, sous l'empire de la Constitution de 1999, que les droits fondamentaux doivent être respectés lorsque la collectivité publique agit en droit privé (ATF 127 I 84), l'arrêt CFF de 2010 dans lequel le Tribunal fédéral indique que les CFF doivent, quand bien même les relations avec les

donnent l'occasion de baliser le chemin dans la problématique. Les deux premiers arrêts montrent dans quelle mesure la théorie du droit administratif privé et le critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat ont été mis en œuvre dans le temps. Le troisième arrêt, qui affirme que l'Etat est en mesure d'exercer des activités économiques, illustre parfaitement que les collectivités publiques voient leur rôle se modifier et invite à s'interroger sur la marge de manœuvre dont elles bénéficient dans ce contexte. Le premier arrêt est l'arrêt Banque nationale suisse du 3 juin 1983[48]. Le deuxième arrêt est l'arrêt La Poste du 7 mai 2002[49]. Le troisième arrêt est l'arrêt Glarnersach du 3 juillet 2012[50].

1. L'arrêt Banque nationale suisse

La cause. – L'arrêt de principe du Tribunal fédéral du 3 juin 1983 dans la cause Union suisse des fiduciaires contre la Banque nationale suisse est vu par une majorité de la doctrine comme la source de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé[51]. L'Union suisse des fiduciaires avait requis de la Banque nationale suisse que ses membres soient, pour la mise en œuvre de la Convention de diligence des banques relative à l'obligation de garder le secret, traités de la même manière que les membres de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables. A la suite du refus de la Banque nationale suisse quant à cette demande, l'Union des fiduciaires a saisi le Tribunal d'un recours de droit administratif. Celui-ci s'est donc penché sur la question de la qualification de la relation juridique entre la Banque nationale suisse et l'Union suisse des fiduciaires dans la constellation de la mise en œuvre de la Convention de diligence des banques. Appliquant les critères usuels[52] et après une discussion approfondie de ceux-ci, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que la Banque nationale suisse, s'agissant de la mise en œuvre de la Convention de diligence avec ses partenaires, agissait sur le plan du droit privé.

L'obligation de respecter les droits fondamentaux. – Une fois parvenu à la conclusion selon laquelle la relation juridique entre la Banque nationale suisse et l'Union des fiduciaires relevait du droit privé, le Tribunal fédéral s'est ex-

---

passagers sont de par la loi soumises au droit privé, respecter les principes de l'égalité de traitement et de la proportionnalité (ATF 136 II 457) ainsi que l'arrêt *Aargauische Pensionskasse* de 2016 dans lequel le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de la titularité de la liberté économique de la caisse de pensions en sa qualité d'établissement public de droit cantonal, en raison de sa faible implication sur le marché (ATF 142 II 369).

48 ATF 109 Ib 146.

49 ATF 129 III 35.

50 ATF 142 II 369.

51 DUBEY/ZUFFEREY (note 5), p. 76; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), p. 310; TANQUEREL (note 5), p. 127 ss.

52 *Supra* III.

primé dans un considérant de principe quant au cadre juridique dans lequel la relation de droit privé se devait d'évoluer: *«Finalement, il faut constater qu'il va de soi que la Banque nationale demeure liée par son mandat de droit public qui lui a été conféré de la manière la plus large, même lorsqu'elle se présente et agit en droit privé en qualité de société anonyme, ce qui a pour conséquence qu'elle doit logiquement respecter les droits constitutionnels fondamentaux dans ses activités de droit privé. Elle ne peut pas non plus, comme sujet de droit privé, notamment conférer des droits ou imposer des obligations en violant l'égalité de traitement ou en agissant de façon arbitraire. Quant au respect de ces principes, il n'appartient pas au Tribunal fédéral, dans un cas comme celui-ci, d'y veiller en tant que Tribunal administratif, mais ce sont les organes de surveillance prévus par la loi qui sont compétents à cet effet. En tout cas, à défaut de voies de recours formelles, on peut s'adresser à ces organes par la voie de la plainte»*[53].

La nature juridique de la Banque nationale suisse. – L'arrêt Banque nationale suisse est très souvent l'arrêt de principe mentionné en doctrine comme le siège de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé. Toutefois, la Banque nationale suisse n'est pas une entité décentralisée de droit public, mais une société anonyme créée par une loi spéciale[54]. Cela étant, elle était, du moins selon la loi qui la régissait à l'époque[55], généralement considérée comme un quasi-établissement public[56] derrière la façade d'une société anonyme[57]. D'une part, elle était organisée de manière très hiérarchisée; d'autre part, ses organes, notamment l'assemblée générale des actionnaires, n'avait que des pouvoirs limités et n'exerçait aucune influence sur la conduite de la Banque[58].

La théorie du droit administratif privé fondée sur le critère du rattachement à une tâche de l'Etat. – L'arrêt Banque nationale suisse intègre, sans la nommer, la théorie du droit administratif privé. En effet, le Tribunal fédéral énonce de manière claire que, bien que l'activité de la Banque soit soumise au droit privé, cette institution se doit de respecter les *«droits constitutionnels fondamentaux»*, en particulier l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. Mais dans cet arrêt le Tribunal fédéral se rattache également à ce qui a été codifié plus tard à l'article 35 al. 2 Cst. En effet, selon le Tribunal fédéral, c'est parce que cette institution a pour mission d'accomplir une tâche publique, parce qu'elle est *«liée par son mandat de droit public»*, qu'elle se doit de respecter les droits fondamentaux. Toutefois, le Tribunal fédéral ne procède pas à une analyse fine de l'activité

53 ATF 109 Ib 146, c. 5.4, trad. in: JT 1985 I 242/250-251.

54 Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur la Banque nationale suisse du 26 juin 2002, FF 2002, p. 5661.

55 Loi du 23 décembre 1953 sur la banque nationale, en vigueur jusqu'au 30 avril 2004.

56 Message du Conseil fédéral (note 53), p. 5674.

57 Bellanger François, Le régime juridique de la Banque nationale suisse, Zurich 1990, p. 17.

58 *Ibid.*

de la Banque nationale suisse dans sa relation avec l'Union des fiduciaires mais se réfère uniquement au mandat général qui lui est confié par la loi.

2. *L'arrêt La Poste*

La cause. – L'arrêt La Poste marque une césure dans la problématique. En 1999, l'Association contre les usines d'animaux (ACUSA) avait requis de La Poste qu'elle procède à la distribution à titre d'envoi en nombre de deux publications contenant des rapports sur la détention d'animaux dans l'agriculture, rapports illustrés par des photographies, un courrier des lecteurs, des présentations de livres ayant trait aux animaux ainsi que des recettes végétariennes. A la suite du refus de La Poste, ACUSA a saisi les juridictions civiles, puis le Tribunal fédéral, d'une requête en constatation de l'illicéité de ce refus. Le Tribunal fédéral, statuant en 2002, soit après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., a tout d'abord relevé que La Poste, à l'époque établissement autonome de droit public, avait vu, avec la réforme de 1998, ses prestations largement libéralisées et ses relations avec la clientèle soumises au droit privé. Les tâches de La Poste relèvent alternativement du service universel ou réservé, soumis à monopole, et des services libres ou non réservés. Pour ces secondes prestations, la situation de La Poste est la même que celle des entrepreneurs privés; en particulier, elle est autorisée à en assurer la fourniture, mais elle n'y est pas obligée.

L'absence de prise en compte des droits fondamentaux. – Après analyse des conditions légales relatives à l'envoi en nombre de publications périodiques à tarifs préférentiels, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que les publications d'ACUSA ne tombent pas dans le champ d'application du service universel, mais des services libres, pour lesquels La Poste n'a aucune obligation de prise en charge[59]. Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral s'est demandé si La Poste, en tant qu'établissement autonome de droit public, ne pouvait être tenue d'effectuer certaines prestations dans le but de garantir les droits fondamentaux des citoyens. Il a répondu à cette question par la négative: *«Etant donné que La Poste, dans le domaine des services libres dont il est question en l'espèce, n'assume pas une tâche étatique, mais que, bien plus, elle propose un service qui pourrait également être fourni par n'importe quel autre entrepreneur particulier, elle n'est pas liée par les droits fondamentaux des citoyens au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. Ce n'est qu'en matière de services universels que l'on peut considérer qu'elle accomplit une tâche étatique (art. 95 al. 2 Cst.) et qu'elle doit donc respecter les droits fondamentaux.»*[60] Dans un troisième temps, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'obligation de respecter les droits fondamentaux ne découlait pas de l'article 35 al. 1 et 3 Cst., même si La Poste n'accomplissait pas directement une tâche étatique. La réponse à cette question

59 ATF 129 III 35, c. 4.
60 ATF 129 III 35, c. 5.2, JT 2003 I 127/131.

a également été négative au motif qu'en tant qu'acteur sur un marché libéralisé, La Poste devait pouvoir se battre à armes égales avec ses concurrents[61]. Le Tribunal fédéral a finalement donné gain de cause à ACUSA en se fondant non pas sur le respect de ses droits fondamentaux, mais sur la base du principe de l'obligation de contracter en droit privé[62].

L'effacement de la théorie du droit administratif privé au profit de la nature de la tâche de l'entité décentralisée de droit public. – L'arrêt La Poste poursuit la réflexion entamée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Banque nationale suisse en ne se référant pas à la théorie du droit administratif privé mais en faisant de la tâche accomplie par l'entité décentralisée de droit public le premier critère déterminant: *«La Poste n'est donc pas liée par les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., puisque dans le domaine d'activité dont il est ici question, elle n'est pas chargée d'une tâche étatique»*[63]. Cet arrêt, en distinguant ce qui relève du service universel de ce qui n'en relève pas, met en évidence que ce n'est pas la mission générale d'une» entité étatique ou para-étatique qui est déterminante, mais chaque activité en cause. Une analyse précise des tâches publiques concernées au regard des textes constitutionnels et légaux s'avère donc nécessaire[64].

Le rejet de la théorie du droit administratif privé? – Après avoir exclu l'application de l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral considère que dans les domaines d'activité soumis à concurrence, le seul fait que l'entité active sur le marché soit une entité de droit public ne suffit pas à fonder une obligation de respecter les droits fondamentaux: *«De même, un tel lien, que la doctrine déduit parfois de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst., ne découle pas de sa qualité d'établissement autonome de droit public parce que le législateur a clairement déterminé que dans le domaine des services libres, La Poste devait être placée sur un pied d'égalité avec ses concurrents privés»*[65]. On peut se demander ici si le Tribunal

61 ATF 129 III 35, c. 5.3.

62 ATF 129 III 35, c. 6, not. c. 6.3, JT 2003 I 127/136: *«Depuis l'arrêt Seelig (ATF 80 II 26, JdT 1955 I 136), on voit poindre dans la doctrine une tendance à élargir le cercle des hypothèses dans lesquelles on admet une obligation de contracter. On peut aujourd'hui admettre d'une manière générale qu'une obligation de contracter n'existe pas uniquement lorsqu'elle est prévue par une base légale expresse. Bien plus, une telle obligation peut découler de l'application des principes généraux du droit privé, comme l'interdiction d'un comportement contraire aux bonnes mœurs. Pour concrétiser ce principe, il faut cependant rappeler que la liberté contractuelle – et partant la liberté de conclure – est, en tant qu'élément de l'autonomie privée, une valeur essentielle de l'ordre juridique privé. Etant donné qu'aujourd'hui, de nombreuses limitations de la liberté de conclure résultent de dispositions expresses, la plupart du temps de droit public, les obligations de conclure en dehors de ces normes ont un caractère exceptionnel et ne peuvent être admises qu'avec une grande retenue. Cependant, à certaines conditions, on peut déduire une obligation de contracter du principe de l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs.»*

63 ATF 129 III 35, c. 5.4, trad. in JT 2003 I 127/132.

64 *Infra* C. I. 4.

65 *Ibid.*

fédéral ne rejette pas purement et simplement la théorie du droit administratif privé. Il oppose en effet la nature de droit public de La Poste – qui aurait pour conséquence que celle-ci est dans l'obligation de respecter les droits fondamentaux en raison de sa nature de droit public – au fait que celle-ci, pour les envois postaux non soumis au service universel, accomplit une activité économique en concurrence avec des acteurs privés – ce qui la mène à être libérée de cette obligation. La réalisation d'une activité économique sur un marché en concurrence ne laisserait, ainsi, aucune place à la protection des droits fondamentaux.

L'effet horizontal direct des droits fondamentaux? – Bien qu'ayant paru nier l'existence de droits fondamentaux des clients de La Poste, le Tribunal fédéral s'est toutefois interrogé sur la question de l'éventuel effet horizontal direct de ces droits dans les relations entre particuliers: *«Si un lien spécial de La Poste aux droits fondamentaux dans le cadre des services libres doit être rejeté, on ne pourrait plus l'envisager que sous l'angle de l'effet horizontal des droits fondamentaux, c'est-à-dire de l'invocabilité de ces droits dans les rapports entre particuliers»*[66]. La problématique nous paraît ici mal posée. En effet, il s'agit de ne pas confondre l'obligation de respecter les droits fondamentaux à un titre – en vertu de l'article 35 al. 2 Cst. – ou un autre – sur la base de la théorie du droit administratif privé –, d'une part, et la mise en œuvre ou plus précisément la justiciabilité de cette obligation, le cas échéant par la reconnaissance d'un effet horizontal direct des droits fondamentaux[67], d'autre part.

3. *L'arrêt Glarnersach*

La cause. – L'arrêt Glarnersach est un arrêt de principe relativement récent du Tribunal fédéral, dans lequel il s'interroge sur le fondement constitutionnel des activités économiques de l'Etat. Il a été rendu à la suite d'un recours interjeté par des assureurs privés contre la loi cantonale glaronnaise qui permet à l'établissement cantonal d'assurance contre l'incendie, la Glarnersach, de proposer des assurances de choses et bâtiments complémentaires hors monopole.

L'admissibilité de principe des activités économiques de l'Etat. – Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral admet en substance que l'Etat est en mesure d'exercer des activités économiques ou commerciales. Il relève dans un premier temps que l'entrée de la Glarnersach sur un marché concurrentiel ne porte pas atteinte à la liberté économique des assureurs privés dans la mesure où la composante individuelle (art. 27 Cst.) ne confère aux particuliers aucune protection contre la concurrence[68]. Il dit ensuite que l'existence d'une économie fondée sur la concurrence (art. 94 Cst.) n'exclut pas que l'Etat exerce des activités de nature commerciale en concurrence avec des particuliers. Cette affirmation, qu'il

66 ATF 129 III 35, c. 5.4, trad. in JT 2003 I 127/132.
67 *Infra* F.
68 ATF 138 I 378, c. 6.2.2.

énonce pour la première fois, se fonde tant sur la doctrine, pourtant partagée, que sur la réalité du droit positif. Si la Constitution exprime une décision de principe en faveur d'un ordre économique fondé sur l'économie de marché, en ce sens que l'activité économique est en principe réservée aux particuliers, cela n'exclut néanmoins pas que l'Etat puisse pratiquer une activité entrepreneuriale[69]. Le Tribunal fédéral relève qu'il est notoire que nombre de cantons et de communes possèdent ou exploitent, depuis longtemps, des entreprises en concurrence avec des entreprises actives dans l'économie privée (hôpitaux, homes, exploitations forestières ou agricoles, auberges, domaines et caves viticoles, installations touristiques et sportives, banques), que les activités commerciales de collectivités publiques sont envisagées depuis longtemps à l'article 61 al. 2 CO, que de nombreuses lois fédérales récentes prévoient que des entreprises étatiques peuvent exercer des activités autres que celles qui leur sont assignées dans le cadre d'un monopole ou du service public[70] et que le droit des cartels prévoit aussi expressément que des entreprises de droit public peuvent se trouver en concurrence avec des entreprises privées[71]. Aussi, comme *«la plupart de ces lois ont été adoptées quelques années avant ou après les débats parlementaires relatifs à la Constitution fédérale [;], on ne peut pas envisager que l'Assemblée fédérale eût édicté de telles lois si, dans la Constitution fédérale adoptée à peu près en même temps, elle avait voulu interdire toute activité économique de l'Etat»*[72]. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se demander si, dans le cadre de ces activités économiques, l'Etat pouvait se prévaloir de la protection de la liberté économique[73]. Ayant admis dans son principe les activités économiques de l'Etat, le Tribunal fédéral en rappelle le cadre juridique, guidé par le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat. Selon celui-ci, une entité étatique active à la fois dans un secteur en monopole et sur le marché doit tenir une comptabilité séparée et respecter l'interdiction du subventionnement transversal de l'activité soumise à concurrence par l'activité au bénéfice du monopole[74].

Le respect de l'article 5 Cst. – Le Tribunal fédéral a en outre précisé que l'activité entrepreneuriale de l'Etat doit reposer sur une base légale, qu'elle doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 Cst.)[75]. S'agissant plus particulièrement de l'intérêt public, le Tribunal fédéral s'est in-

69 *Ibid.*

70 Il s'agit par exemple des lois régissant l'Office fédéral de météorologie et de climatologie MeteoSuisse, l'Institut fédéral de métrologie METAS, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle IPI, le Domaine des écoles polytechniques fédérales ou La Poste Suisse SA, pour ne citer qu'eux.

71 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.

72 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.

73 Cette question a été évoquée ultérieurement dans l'arrêt de la Caisse de pension d'Argovie, mais le Tribunal fédéral l'a laissée ouverte: ATF 142 II 369.

74 ATF 138 I 378, c. 9.

75 ATF 138 I 378, c. 6.3.2.

terrogé sur la poursuite d'un éventuel intérêt fiscal de l'Etat lorsqu'il accomplit des activités économiques; il a toutefois pu se dispenser de cette discussion en retenant que l'intérêt financier de la Glarnersach, qui détient son propre patrimoine à titre d'entité indépendante, ne doit pas être assimilé à un éventuel intérêt fiscal du canton dont l'objectif serait, *in fine*, d'accroître ses ressources[76].

V. La problématique

Des courants opposés. – Il est admis que l'Etat est en mesure d'agir sur le terrain du droit privé pour certaines de ses activités. La matérialité du régime juridique applicable est en revanche, à ce jour, encore peu stabilisée. Deux courants s'affrontent en la matière. Selon le premier courant, symboliquement représenté par l'arrêt du Tribunal fédéral Banque nationale suisse, le régime de droit privé applicable aux activités déployées par l'Etat est encadré par un certain nombre de règles et principes du droit public qui doivent être respectés par lui. Selon le second courant, qui repose sur l'article 35 al. 2 Cst. et dont l'amorce se trouve dans l'arrêt du Tribunal fédéral La Poste[77], du moment où l'Etat, notamment par ses entités décentralisées, accomplit une activité soumise à concurrence, il n'a pas être soumis auxdits principes.

Des critères distincts. – Les deux courants s'opposent car ils fondent la réflexion sur deux critères distincts. Dans ces deux arrêts de principe, le Tribunal fédéral semble ne pas avoir utilisé la même grille de lecture pour résoudre un problème similaire. Dans l'arrêt Banque nationale suisse[78], guidé par la théorie du droit administratif privé, le Tribunal fédéral a focalisé son attention sur la qualité de la personne en cause: devant être assimilée à un établissement de droit public, la Banque nationale suisse se devait d'agir comme l'Etat. C'est ainsi le critère dit institutionnel qui a été utilisé. Dans l'arrêt La Poste[79], en revanche, le Tribunal fédéral a axé sa réflexion sur la nature de l'activité de La Poste, à savoir une activité relevant des services libres, et non du monopole, ce qui la soustrayait, toute entité publique qu'elle soit, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, en référence au critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat. C'est alors un critère dit fonctionnel qui a été appliqué.

Le révélateur d'une situation. – Cette grille de lecture à double entrée révèle en réalité la difficulté qu'il y a de concilier Etat et action sur le terrain du droit privé. En effet, la relation entre l'Etat et les administrés est par définition une relation verticale, exprimant la puissance publique, qui suppose que l'Etat respecte les libertés et garanties de l'Etat de droit, parmi elles l'égalité de traite-

76 ATF 138 I 378, c. 8.
77 ATF 129 III 35.
78 ATF 109 Ib 146.
79 ATF 129 III 35.

ment et l'interdiction de l'arbitraire. La relation contractuelle de droit privé est pour sa part marquée par l'horizontalité et l'autonomie privée, laquelle est d'ailleurs souvent décrite comme l'usage de l'arbitraire: *«Die Grundrechte der Bürger müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handelt; 'privatautonome Willkür' wie sie die Privaten besitzen, steht dem Staat nicht zu.»*[80]; les limites que rencontre cette autonomie sont alors celles qui relèvent du droit impératif, privé ou public. Pour reprendre les termes de MOOR, FLÜCKIGER et MARTENET *«L'application du droit privé par l'administration se situe donc aujourd'hui dans un terrain labyrinthique dont on a peine à sortir. La difficulté, si l'on veut donner une solution adéquate à ces situations problématiques, provient de ce que devraient simultanément servir de référence deux systèmes aux structures radicalement opposées. D'une part un droit public qui, par la garantie qu'offrent les principes matériels et formels de limitation de la puissance étatique, vise à protéger les administrés en la soumettant à des règles impératives ou en l'obligeant à leur fournir des prestations (...); de l'autre un droit privé qui repose sur la maxime de la régulation réciproque et spontanée des phénomènes économiques et sociaux, garantie par le principe de l'autonomie de la volonté de chacun des sujets de droit. Dès lors, il ne peut y avoir que contradiction, si l'on veut en même temps l'une et l'autre de ces deux garanties.»*[81].

Quelques illustrations. – En pratique, la question se pose tout d'abord lors de l'acquisition de travaux de construction, de biens ou de services par la collectivité publique, lorsque la réglementation sur les marchés publics ne s'applique pas[82]. Une commune est-elle libre d'attribuer à qui bon lui semble le mandat la gestion d'un hôtel cinq étoiles qui lui appartient[83]? La question se pose également lorsque des locaux commerciaux ou d'habitation sont mis à disposition par les collectivités publiques. Par exemple lorsque les CFF, par leur division 'Immobilier' réalisent des immeubles sur les anciennes friches ferroviaires et proposent des surfaces commerciales ou des logements à la location ou lorsqu'une commune loue des logements aux prix du marché sans avoir l'intention de réaliser une politique sociale du logement; dans ces cas, jusqu'où cette entreprise publique peut-elle poser des critères pour choisir le «bon» partenaire contractuel? Peut-elle par exemple décider d'écarter des catégories de locataires considérés comme naturellement quérulents à raison de la profession qu'ils exercent, comme le pratiquent certaines gérances privées? Il en va de même lorsque du personnel est engagé par l'Etat sous contrat de droit privé. L'Etat est-il dans ce cas libre de déterminer le salaire de l'employé? Ces

80 ATF 127 I 84, c. 4c.

81 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 15), p. 117–118.

82 A propos de l'effet du droit des marchés publics sur la problématique des contrats conclus par les collectivités publiques, *infra* E.

83 ATA/112/2018 du 6 février 2018 (Cour de justice, Genève).

constats et interrogations étant posés, la problématique sera discutée de la manière suivante.

Le rattachement à une tâche de l'Etat (C.). – Partant du constat que le critère du rattachement à la tâche de l'Etat tend à gagner en importance, celui-ci sert de première analyse. En outre, désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst., il offre une grille de lecture en droit positif. La connaissance du champ d'application et de la portée de cette disposition permettra, on le verra, d'appréhender une part de l'activité déployée par l'Etat sur le plan du droit privé, mais non l'entier de celle-ci, que l'on partage ou non la conception de plus en plus extensive du Tribunal fédéral à propos de cette disposition.

L'absence de caractère exclusif du critère fonctionnel (D.) – Nous nous demanderons ensuite si la codification de l'article 35 al. 2 Cst. et la consécration du critère fonctionnel a eu pour effet de mettre à néant la théorie du droit administratif privé ou si au contraire le critère institutionnel, lié au seul fait que l'entité qui agit en droit privé est une collectivité ou une entité de droit public, permet de prétendre au respect par celle-ci des droits fondamentaux. C'est une réponse dans le sens du maintien du critère institutionnel que nous apporterons à cette question, en utilisant notamment l'autonomie privée comme piste de réflexion.

Les droits fondamentaux que l'Etat doit respecter (E.). – Une fois admise la question du respect des droits fondamentaux que l'Etat doit respecter en vertu du seul critère institutionnel, nous tenterons d'en circonscrire le contenu. S'agit-il de l'ensemble des droits fondamentaux, y compris les garanties de l'Etat de droit, comme certains arrêts le laissent entrevoir ou s'agit-il uniquement de certains d'entre eux?

Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux (F.). – Enfin, nous évoquerons les pistes par lesquelles le partenaire contractuel de droit privé de l'Etat peut mettre en œuvre le contrôle judiciaire de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Nous mettrons l'accent sur la protection contre les actes matériels de l'Etat ce qui, on le verra, redonne une certaine vigueur à la théorie de l'acte détachable lorsque la protection juridictionnelle ne peut pas être assurée par d'autres voies.

C. Le rattachement à une tâche de l'Etat

Plan. – Le critère du rattachement à une tâche de l'Etat, désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst., sert de première grille d'analyse. En effet, ce critère permet d'appréhender en tout cas une partie du champ d'action de l'Etat lorsqu'il agit en droit privé. Après quelques généralités (I.), il importe donc d'en préciser le champ d'application afin de déterminer quel(s) pan(s) de l'activité de l'Etat sont concernés (II.), ainsi que les conséquences de sa mise en œuvre (III.).

I. Généralités

L'article 35 Cst. – Sous la note marginale *«Réalisation des droits fondamentaux»*, l'article 35 Cst. contient trois injonctions. La première (art. 35 al. 1 Cst.) exprime l'idée que les droits fondamentaux sont à la base de tout notre ordre juridique et qu'ils doivent inspirer l'ensemble de notre système étatique[84]. La deuxième (art. 35 al. 2 Cst.) précise à qui s'adresse le mandat de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation[85]. La troisième injonction (art. 35 al. 3 Cst.) est l'expression de ce que les droits fondamentaux ont un effet horizontal indirect entre particuliers[86] dans la mesure où ils doivent être transposés par le législateur dans le droit ordinaire, respectivement pris en compte par les autorités d'application du droit[87]. L'article 35 al. 2 Cst. a donc pour fonction de concrétiser l'injonction générale du respect des droits fondamentaux dans la relation verticale entre l'Etat et les administrés[88], tandis que l'article 35 al. 3 Cst. règle la question de la réalisation horizontale des droits fondamentaux entre les particuliers.

Le débiteur de l'obligation de respecter les droits fondamentaux: le critère institutionnel. – Les droits fondamentaux ont pour fonction de protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique incarné par la puissance publique et sont par conséquent dirigés contre l'Etat. Traditionnellement, le débiteur de l'obligation de respecter les droits fondamentaux est l'Etat, soit tout organe étatique, qu'il soit législatif, exécutif ou judiciaire[89], ou toute entité relevant du droit public.

Une nouvelle acception? – En prévoyant que *«quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation»*, l'article 35 al. 2 Cst. se dégage du critère institutionnel, d'une part, et de la notion de puissance publique, d'autre part, pour utiliser un critère fonctionnel[90]: l'obligation de respecter les droits fondamentaux incombe à quiconque accomplit une tâche de l'Etat. Le critère institutionnel est abandonné

---

84 Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1/194. Pour une analyse de la portée de cette disposition dans l'ensemble de notre ordre juridique, en droit public, pénal et privé et sous l'angle de la séparation des pouvoirs: Martenet Vincent, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 I, p. 243 ss.

85 Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 35 N 5.

86 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 12.

87 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 195.

88 Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Vol. I, Bâle 2018, p. 39–40; Waldmann Bernhard, in Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Kommentar, Bâle 2015, Art. 35 N 17.

89 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 3, 6; Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel Suisse, Vol. II, 3ème éd., Berne 2013, p. 55; Tschannen (note 38), p. 110; Waldmann (note 87), Art. 35 N 18.

90 Dubey (note 87), p. 40–41; Waldmann (note 87), Art. 35 N 19.

car l'art. 35 al. 2 Cst. s'impose à *«quiconque»*, et non seulement à l'Etat. Il est également passé outre la notion de puissance publique car il est fait référence aux *«tâches de l'Etat»*. Toute la question est alors de savoir si le critère institutionnel doit être considéré comme définitivement abandonné ou si au contraire le postulat selon lequel l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux, incarné dans la théorie du droit administratif privé, subsiste malgré la codification de l'article 35 al. 2 Cst.[91].

II. Le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst.

1. La notion de tâche de l'Etat

La définition donnée par la doctrine. – La notion de tâche de l'Etat n'est pas définie dans la Constitution alors même qu'elle y occupe une place cardinale, servant à distinguer, fondamentalement, entre ce qui ressortit à l'activité étatique ou n'en relève pas[92]. La doctrine s'efforce de la définir comme les activités dont la Constitution et la loi confient l'exécution ou la responsabilité de l'accomplissement aux collectivités publiques[93]. La tâche de l'Etat, outre qu'elle vise un intérêt public[94], suppose donc un mandat constitutionnel ou légal[95]. Son existence dépend donc avant tout de la question de savoir si une tâche doit être accomplie de par la Constitution ou la loi, indépendamment de savoir par quel moyen et par qui elle est accomplie[96].

La nature de la tâche. – La nature de la tâche de l'Etat n'est pas en soi un critère déterminant. Toutefois, il s'agit de s'y référer aux fins de la présente analyse puisque l'admission du recours au droit privé dépend de la nature de l'activité en cause. Les activités de l'Etat font l'objet d'une typologie sous l'étiquette générale de «tâches publiques». Les tâches devant être accomplies par l'administration, souvent appelées tâches publiques[97], sont généralement divisées en plusieurs catégories. Traditionnellement, on a distingué entre les tâches de puis-

---

91 *Infra* C.

92 Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, Recht 2013, p. 153–154.

93 Dubey (note 87), p. 41; Häner Isabelle, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatliche Aufgaben durch Private, PJA 2002 1144/1148 ss; Rütsche (note 91), p. 153 ss; Tschannen (note 38), p. 111; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.

94 Martenet Vincent, Le délégataire face aux droits fondamentaux, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 123/125.

95 Martenet (note 93), p. 126.

96 Rütsche (note 91), p. 157.

97 Pour la distinction généralement faite entre tâches de l'Etat, tâches publiques et tâches administratives: Richli Paul, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 851 ss. Même lorsqu'il applique directement l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral utilise la notion de «öffentliche Aufgaben» alors que la disposition constitutionnelle désigne les «staatliche Aufgaben» (not. ATF 138 I 289, c. 2.3).

sance publique et les tâches de service public, les premières étant liées à l'administration dite de police et les secondes à l'administration de prestations[98]. La classification des tâches publiques s'est enrichie ces dernières années des activités dites de gestion, caractérisées par leur mise en œuvre en collaboration avec les milieux intéressés (Etat dit «incitatif»)[99], et des activités économiques[100]. S'ajoute à ces tâches ce qui relève de la *Bedarfsverwaltung*, c'est-à-dire l'activité par laquelle l'Etat acquiert les moyens en personnel ou en biens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches[101]. Schématiquement, les tâches de puissance publique, de service public et le domaine du personnel de l'Etat sont soumis au droit public, sauf lorsqu'une base légale prévoit le recours au droit privé. Inversement, les activités économiques et l'acquisition des moyens nécessaires à l'activité étatique sont des activités soumises au droit privé; pour ces derniers, le régime de droit privé se voit préalablement encadré par la réglementation en matière de marchés publics.

Les tâches publiques comme tâches de l'Etat. – Tout aussi schématiquement, les tâches de puissance publique sont des tâches de l'Etat, tandis que les activités économiques et l'acquisition des moyens nécessaires à l'activité étatique ne sont pas des tâches de l'Etat. En revanche, les activités relevant du service public sont plus difficiles à classifier. Cela n'est guère étonnant en période marquée par le phénomène des libéralisations, qui touche des activités auparavant réservées à l'Etat. Dans bon nombre de secteurs en effet, une grande part de l'activité en monopole s'est ouverte au marché. D'une activité de pur service public, tâche de l'Etat par excellence, les collectivités publiques se voient dès lors exercer des activités similaires à leurs tâches antérieures mais qui sont désormais qualifiées d'économiques en raison de l'ouverture au marché; elles ne relèvent donc *a priori* plus des tâches étatiques. De plus, pour des motifs de rentabilité, des activités nouvelles s'ajoutent à l'activité traditionnelle. Tel est par exemple le cas des activités postales qui vont au-delà du service universel, comme l'acheminement de gros colis ou la vente de produits de papeterie dans les offices de poste. A cela s'ajoute le fait que les activités distraites du cœur de l'activité étatique sont confiées à des entités décentralisées de droit public ou externes à l'Etat, par exemple par la voie de la concession. Pour ces activités, il

98 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 10; Tanquerel (note 5), p. 6; Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques de l'Etat, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Genève 2016, p. 193/195.

99 Moor/Flückiger/Martenet (note 15), p. 26–28.

100 Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Genève 2016, p. 43/48; Bellanger François, Les collectivités publiques et la TVA: de l'Etat Providence à l'Etat commerçant, in Auer Andreas/Delley Jean-Daniel/Hottelier Michel/Malinverni Giorgio (éd.), Aux confins du droit, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 467 ss; Poltier (note 97), p. 196.

101 Poltier (note 97), p. 195; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 27.

faut encore se demander si le bénéfice de la concession implique de manière prépondérante de fournir un service ou si au contraire il permet au concessionnaire d'accéder avant tout à une activité. Dans la première hypothèse, le concessionnaire accomplit une tâche de l'Etat tandis que dans la seconde cela n'est pas le cas[102]. Tel est par exemple le cas dans la fourniture des fluides, aujourd'hui l'électricité et peut-être bientôt l'eau.

La gestion des biens de l'Etat. – En outre, l'activité étatique consiste également en la gestion des biens de l'Etat, qu'il s'agisse du domaine public, du patrimoine administratif ou du patrimoine financier. Le domaine public comprend l'ensemble des biens qui peuvent être utilisés librement par tout un chacun[103]. Le patrimoine administratif comprend toutes les choses publiques servant directement à remplir une tâche publique[104]. Quant au patrimoine financier, il comprend les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques[105]. Les biens relevant du patrimoine financier, en tant qu'ils font partie de la propriété privée de l'Etat[106], font l'objet d'une gestion relevant du droit privé. La gestion du patrimoine administratif et du domaine public relève du droit public. En effet, le régime juridique applicable au patrimoine administratif et au domaine public repose sur un *«droit de propriété modifié»*. Issu de la théorie dualiste du droit germanique[107], ce *«droit de propriété modifié»* trouve son fondement dans la puissance publique, qui est celle des collectivités publiques, et son ancrage juridique à l'article 664 al. 1 CC, qui énonce que *«les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent»*. Dans ce *«droit de propriété modifié»*, droit public et droit privé trouvent conjointement application: le Code civil régit l'acquisition, la perte, la modification et le contenu de cette propriété; quant au droit public, il régit le pouvoir de disposer et le régime de l'affectation de ces biens[108].

La gestion des biens de l'Etat comme tâche de l'Etat. – Contrairement au flou qui règne en matière de tâches publiques, la gestion des biens de l'Etat répond à une attribution claire au regard des tâches de l'Etat. La gestion du

---

102 Martenet (note 93), p. 126 ss. Eg. Häner (note 92), p. 1150.

103 ATF 143 I 37, c. 6; ATF 138 I 274, c. 2.3.

104 *Ibid.*

105 SJ 2011 I 233; ATF 103 II 227, c. 3.

106 ATF 89 I 31, c. 3a.

107 Pour une présentation historique et théorique: Piotet Denis, La théorie des droits administratifs réels en Suisse – Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé, in: Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (éd.), Mélanges Pierre Moor – Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Berne 2005, p. 461.

108 ATF 123 III 454, c. 2, JT 1999 I 53. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 497; Uhlmann Felix, Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungsvermögen, in Rüssli Martin et al. (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 87/88. Critique: Dubey Jacques, Espace – Temps – Propriété – Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, thèse, Fribourg 2012, p. 228.

domaine public et la gestion du patrimoine administratif sont constitutives de tâches de l'Etat, tandis que la gestion du patrimoine financier ne l'est pas. On souligne d'ores et déjà que cet élément est important comme aide à la qualification pour des activités relevant du service public. En effet, lorsque le patrimoine administratif est affecté à des fins particulières d'intérêt public au bénéfice des citoyens, il est très fréquemment séparé du patrimoine administratif ordinaire et est institué en patrimoine distinct sous la forme d'un établissement public. Dans ces cas, tout ce qui relève de l'utilisation du patrimoine administratif se confond alors avec l'usage de l'établissement public en cause[109], faisant de ce fait pencher la balance vers l'existence d'une tâche de l'Etat.

2. *La notion de tâche de l'Etat dans la jurisprudence*

Les domaines examinés. – Les arrêts publiés rendus après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst. et se rapportant aux domaines dans lesquels l'Etat est admis à agir au moyen du droit privé concernent en premier lieu les activités relevant du service public. En effet, si par principe la fourniture des prestations de l'Etat relève du droit public, nombreux sont les domaines dans lesquels la loi prévoit que la relation avec les administrés, qui sont le plus souvent vus comme des clients, est soumise au droit privé. En deuxième lieu, les arrêts concernent la gestion du patrimoine administratif. La gestion du patrimoine administratif, lorsqu'elle est opérée par l'Etat, est toujours soumise au droit public. En revanche, il se peut que la relation se mue en une relation de droit privé lorsque cette gestion est confiée à un tiers extérieur à l'Etat. En troisième lieu, nous avons identifié un arrêt portant sur la gestion du patrimoine financier, quand bien même la gestion de ce type de biens ne relève, en principe, pas de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat.

La jurisprudence en matière de service public. Le critère de l'absence de monopole. – Dans l'arrêt La Poste rendu en 2002, le Tribunal fédéral a retenu que la notion de tâche de l'Etat devait être mise en relation avec la notion de service universel: ce qui relève du service universel constitue une tâche de l'Etat, tandis que ce qui consiste en une activité non réservée, soumise à concurrence sur le marché, n'est pas l'accomplissement d'une tâche de l'Etat; par conséquent, La Poste n'a aucune obligation de contracter qui découlerait du droit public lorsqu'elle agit en concurrence[110]. De même, dans un arrêt CFF relatif au montant d'une amende prononcée à l'encontre d'un passager qui voyageait «au gris», à savoir muni d'un titre de transport de 2ème classe alors qu'il se trouvait en première classe, le Tribunal fédéral a retenu en 2010 que la tâche de transport des voyageurs confiée aux CFF suffisait à elle seule pour imposer à ceux-ci de respecter les droits fondamentaux des passagers[111]; par

109 ATF 143 I 37, c. 6.1.
110 ATF 129 III 35, c. 5.2.
111 ATF 136 II 457, c. 6.2.

conséquent, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté et le voyageur «au gris» ne doit pas être traité comme le voyageur qui ne dispose d'aucun titre de transport. On relève à cet égard que la situation des CFF n'est pas analogue à celle de La Poste dans la mesure où ce domaine est soumis à la régale du transport des voyageurs, sans coexistence d'une activité non réservée sur les lignes en cause. Dans ces deux arrêts, le fait que le partenaire contractuel avait le choix, respectivement n'avait pas le choix, d'obtenir une prestation de substitution sur le marché est apparu déterminant.

Appréciation. – La doctrine est partagée quant à la pertinence de ce critère. Pour la plupart des auteurs, un tel critère ne se justifie pas dans la mesure où l'article 35 al. 2 Cst. et la définition généralement admise de la notion de tâche de l'Etat – *«les activités dont la Constitution et la loi confient l'exécution ou la responsabilité de l'accomplissement aux collectivités publiques»* – ne s'y réfèrent pas[112]. En outre, pour HANGARTNER, quand bien même une entreprise publique se voit autorisée à fournir des prestations sur un marché en concurrence, il s'agit de tenir compte du fait qu'elle dispose dans ce contexte d'une position particulière en raison de la coexistence de son activité relevant du service universel, de sorte que sa situation n'est pas assimilable à celle des autres prestataires sur le marché[113]. MARTENET y voit de plus le risque qu'une personne discriminée par l'entreprise assurant la tâche de l'Etat le soit également par les autres acteurs du marché[114]. Pour TSCHANNEN, au contraire, l'existence d'une activité en concurrence exclut *ipso facto* la charge de l'exécution d'une tâche de l'Etat: celui-ci étant libre de déployer ou non le pan économique de son activité, il n'a plus à en assumer ou en assurer l'exécution[115]. Nous sommes d'avis que ce critère de l'absence d'un monopole – qu'on le nomme service universel ou service réservé – est déterminant. D'autre part, il permet d'assurer une définition objective de ce qui relève de l'accomplissement d'une tâche publique puisqu'il se calque sur le service universel tel que le définit le législateur. D'autre part, il assure une cohérence dans les différents pans de l'activité étatique; en particulier, il suit le régime juridique applicable aux activités économiques de l'Etat. Enfin, mais pour autant que la position soutenue dans ce Rapport soit suivie – à savoir que l'Etat a en toute hypothèse l'obligation de respecter les droits fondamentaux[116] et que le contrôle juridictionnel qui s'y

112 HANGARTNER YVO, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen – Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, PJA 2000 p. 515/518; MARTENET (note 93), p. 132–133; WALDMANN (note 87), Art. 35 N 20.

113 HANGARTNER (note 111), p. 518.

114 MARTENET (note 93), p. 133.

115 TSCHANNEN (note 38), p. 123–126. Du même avis, HOFMANN DAVID, La liberté économique suisse face au droit européen, Berne 2005, p. 44, qui exclut les activités économiques du champ des tâches de l'Etat.

116 *Infra* D.

rapporte soit effectif[117] – les risques évoqués par la doctrine pour ne pas se rallier à ce critère, deviennent inexistants.

La jurisprudence en matière de service public. Le critère de la tâche annexe à l'activité de service public. – En 2013, le Tribunal fédéral s'est distancié du critère du monopole pour y englober des activités annexes à celui-ci. En effet, il a constaté que le refus de Publisuisse SA, filiale de la SSR, de diffuser un spot publicitaire intitulé *«Was das Schweizer Fernsehen totschweigt»* à la demande d'ACUSA contrevenait à la liberté d'expression de cette association. Le devoir de se financer par la publicité – activité soumise à la concurrence – a été considéré comme une tâche annexe du service public de diffusion des programmes de la SSR; partant, en sa qualité de concessionnaire privilégié de la Confédération, la SSR, respectivement ses filiales, doivent respecter les droits fondamentaux, non seulement l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement, mais également les libertés[118]. Cet arrêt du Tribunal fédéral a été rendu après que la Suisse a été condamnée en 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 10 CEDH, en raison d'un refus similaire de Publisuisse de diffuser un spot publicitaire d'ACUSA. La Cour européenne des droits de l'homme avait notamment retenu que les Etats ont des obligations positives afin d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Convention et que le régime de droit privé choisi par la Suisse pour régir l'activité de Publisuisse ne devait être un obstacle à la protection des droits fondamentaux[119]. L'arrêt de 2013 a été discuté par le Tribunal fédéral avant tout sous l'angle de savoir si la SSR est oui ou non chargée de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat; elle s'accorde toutefois sur le fait qu'il s'agit de distinguer, en interprétant la Constitution et la loi, si l'accent doit être mis sur la fourniture d'un service ou d'une prestation à la population, ou si l'intérêt à déployer une activité est prépondérant[120]. La question de savoir si l'existence d'une tâche de l'Etat comprend également les activités annexes servant au financement de l'activité de l'entité en cause a moins été discutée. Selon l'opinion soutenue dans la présente contribution, les activités annexes à l'activité relevant de l'accomplissement de la tâche de l'Etat, lorsque son existence est admise, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. Elles bénéficient néanmoins de la protection des droits fondamentaux selon l'opinion soutenue dans le présent rapport[121].

La jurisprudence en matière de gestion (déléguée) du domaine public et du patrimoine administratif. Le critère du monopole? – Immédiatement après

117 *Infra* F.

118 ATF 139 I 306, c. 3.2.

119 *VgT Verein gegen Tierfabriken* contre Suisse du 28 juin 2001, cause n. 26499/94, Rec. 2001-VI, p. 244 ss.

120 Häner (note 93), p. 1150; Martenet (note 93), p. 132–133; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.

121 *Infra* D.

l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur la question de savoir si la Ville de Lucerne pouvait opposer son *veto* à l'affichage, sur les bus de la Ville, du slogan *«Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen – warum sehen wir sie nie?»*, demandé par un particulier à la Société générale d'affichage (SGA), détentrice de la concession d'affichage public; le Tribunal fédéral est entré en matière et a nié que le refus de contracter de la SGA, fondé sur le veto de la Ville, porte atteinte à la liberté d'expression du requérant. En effet, le cocontractant avait la possibilité de recourir à des services d'affichage offerts par d'autres entreprises sur d'autres supports[122]. L'on peut voir cet arrêt dans une certaine mesure comme le précurseur de l'arrêt La Poste puisqu'il fait dépendre la protection des droits fondamentaux de l'existence d'une prestation de substitution qui est fonction de la possibilité du cocontractant de recourir à des services offerts par d'autres entreprises. Nous sommes d'avis que ce critère de l'existence d'une prestation de substitution, qui est celui que nous tenons comme déterminant lorsque l'Etat fournit un service public, n'est pas praticable pour ce qui est de la gestion des biens de l'Etat. En effet, la fourniture de prestations de service public et la gestion des biens de l'Etat n'ont pas le même fondement. Les premières trouvent leur source dans la Constitution et la loi tandis que la gestion des biens de l'Etat relève de la maîtrise de la collectivité publique sur ceux-ci, fondée sur la puissance publique inhérente à son existence. Partant, nous ne partageons pas l'analyse du Tribunal fédéral sur ce point. Il est enfin très intéressant de noter que le Tribunal fédéral, dans le cours de sa réflexion, a rappelé que *«Lorsque la collectivité publique agit sur le plan du droit privé, les droits fondamentaux doivent également être respectés; l'Etat ne peut pas, comme les particuliers, se prévaloir d'un ‹droit à l'arbitraire› fondé sur l'autonomie privée»*[123], faisant en réalité sienne la théorie du droit administratif privé malgré l'issue qu'il a donnée au litige.

La jurisprudence en matière de gestion (déléguée) du domaine public et du patrimoine administratif. Une compétence inhérente à la notion d'Etat. – La position que nous suggérons est d'ailleurs celle retenue par le Tribunal fédéral en 2012, dans le cadre de l'accès à l'affichage dans la gare de Zurich; il s'agissait d'une affiche attaquant la politique israélienne d'implantation de colonies en Palestine, dont les CFF avaient demandé la dépose à la SGA. Pour le Tribunal fédéral, dans la mesure où la tâche de transport confiée aux CFF relève de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, les gares, en tant que moyens d'accomplir cette tâche, sont des biens publics directement affectés au service du

122 ATF 127 I 84, c. 4c. Peu après, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Braderie et Fête de la Montre à La Chaux-de-Fonds, a eu à se prononcer sur la mise à disposition d'une portion du domaine public à une association privée, laquelle se chargeait de délivrer des emplacements de foire aux commerçants; toutefois, dans cet arrêt, il n'a pas été fait référence à l'article 35 al. 2 Cst. (SJ 2001 I 557).

123 ATF 127 I 84, c. 4c.

transport public. L'ordre de déposer les affiches signifié par les CFF, quand bien même prononcé dans le cadre de la relation contractuelle de droit privé avec la SGA, a donc été considéré comme une décision fondée sur leur compétence d'administrer les biens publics, ce qui relève de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.[124]. Dans cet arrêt, la notion de tâche de l'Etat a été utilisée non pas pour qualifier la relation entre les CFF et la SGA, mais pour déterminer l'affectation de la gare au patrimoine administratif. La gestion des biens de l'Etat que sont le domaine public et le patrimoine administratif est une compétence qui découle de la seule maîtrise de la collectivité publique sur ces biens; cela réalise *ipso facto* la condition de l'existence d'une tâche de l'Etat.

La jurisprudence en matière de patrimoine financier. L'intérêt public l'emportant sur l'intérêt économique. – Rares sont les arrêts dans lesquels la gestion d'un élément du patrimoine financier est appréciée au regard de l'article 35 al. 2 Cst. En 2010, le Tribunal fédéral a été amené à apprécier le refus formé par la Ville de Genève de contracter avec le producteur de l'humoriste français Dieudonné et a considéré que ce refus, assimilé à un acte de censure préalable, n'était justifié par aucun intérêt public prépondérant et qu'il portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression de l'humoriste[125]. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi la Ville de Genève qui invoquait que la salle de spectacle de l'Alhambra relevait de son patrimoine financier et que par conséquent elle n'était tenue par aucune obligation de contracter. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que le règlement de la Ville relatif à l'utilisation de la salle, qui prévoyait le type de manifestation pouvant y être accueillies de même que les conditions de location, met en œuvre la politique culturelle genevoise prévue par la loi, ce qui suffit à déclencher la protection de l'article 35 al. 2 Cst[126].

3. *Synthèse*

Une notion qui ne cesse d'évoluer. – La notion de tâche de l'Etat, depuis qu'elle a été codifiée en 2000, n'a cessé de mouvoir et d'évoluer. Ainsi, d'une conception relativement stricte, incarnée par les arrêts La Poste[127] et Ville de Lucerne[128], fondée sur le critère de l'existence de l'absence de monopole et de la possibilité de recourir à une prestation de substitution, le Tribunal fédéral a élargi la portée des actes visés par la notion d'accomplissement d'une tâche de l'Etat pour y assimiler les activités peu ou prou couvertes par un mandat légal, voire les activités annexes à l'exercice des tâches relevant du monopole. Par

124 ATF 138 I 274, c. 2.1, 2.2.
125 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.
126 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010, c. 3. Fondé sur un raisonnement analogue, TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.3, ZBl 116/2015 p. 146.
127 ATF 129 III 35.
128 ATF 127 I 84.

conséquent, certaines activités économiques accomplies par l'Etat entrent dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst., comme notamment la recherche d'annonceurs par la SSR ou ses filiales[129]. En outre, la jurisprudence semble ne pas réellement distinguer entre le caractère prépondérant de la fourniture d'un service ou de l'accès à une activité concessionnée, comme le propose la doctrine[130].

Une stabilité dans la gestion des biens de l'Etat. – Cette incertitude dans la notion de tâche de l'Etat ne se retrouve que dans une moindre mesure lorsque la gestion des biens de l'Etat, en particulier son patrimoine administratif, est en cause. Dès que l'activité de l'Etat relève de la gestion du patrimoine administratif, la jurisprudence répond avec moins d'hésitations à l'existence d'une tâche de l'Etat. En outre, lorsque la gestion des biens de l'Etat est en lien avec une activité de service public, c'est le critère de la gestion des biens de l'Etat qui prend le dessus, rendant alors inutile l'examen de savoir si c'est la fourniture d'un service public ou l'accès à l'activité concessionnée qui est prépondérant; l'arrêt de l'affichage en gare de Zurich[131], illustre parfaitement cela. Enfin, le cas de la gestion du patrimoine financier assimilé à une tâche de l'Etat[132] demeure un cas isolé, mais il illustre également la tendance à l'élargissement de la notion de tâche de l'Etat.

La position retenue. – Nous retenons que les activités visées par l'article 35 al. 2 Cst. doivent être distinguées selon qu'elles relèvent de la fourniture d'un service public ou de la gestion des biens de l'Etat. Pour les prestations offertes dans le cadre d'un service public, nous sommes d'avis que le critère de l'absence de monopole est déterminant. Ainsi, lorsque l'activité de l'Etat s'inscrit dans la fourniture de prestations faisant l'objet d'un service universel, de sorte que les administrés n'ont pas d'autre possibilité de recourir à une prestation de substitution, l'activité répond à la notion de tâche de l'Etat; partant, les droits fondamentaux doivent être respectés. En revanche, lorsque l'activité relève de la fourniture de prestations en concurrence avec d'autres acteurs sur le marché, notamment dans les secteurs libéralisés, il n'y a pas de tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.[133]. Selon l'opinion que nous soutenons, les droits fondamentaux doivent néanmoins être respecté parce que le critère institutionnel subsiste[134]. Dans le domaine de la gestion des biens de l'Etat, en particulier dans la gestion (déléguée) du patrimoine administratif, l'article 35 al. 2 Cst. trouve une application pleine et entière, indépendamment de savoir si des pres-

129 ATF 139 I 306.
130 *Ibid.*
131 ATF 138 I 274. Mais non à tort à notre avis dans l'arrêt des bus de la Ville de Lucerne (ATF 127 I 84).
132 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010. Eg. TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, ZBl 116/2015 p. 146.
133 *Supra* 3.
134 *Infra* D.

tations ou services substituables pourraient être obtenus d'autres partenaires. Dans cette gestion des biens publics, les droits fondamentaux doivent par conséquent être respectés.

Mise en perspective. – Le phénomène du recours au droit privé par les collectivités publiques s'est exprimé en deux temps. A ces deux temps correspondent des époques et des enjeux distincts. Dans le premier temps, on a traditionnellement admis que l'Etat recoure au droit privé pour la gestion de son patrimoine financier, pour l'acquisition de biens, fournitures et services nécessaires à son activité, pour la poursuite d'activités économiques et pour certaines activités de prestations. Des motifs historiques ont expliqué et justifié cette pétition de principe. Les activités visées étaient des activités distinctes de ce qui était alors le cœur de l'activité de l'Etat, soit l'exercice de la puissance publique au service de l'intérêt public au temps de la naissance des (premiers) droits fondamentaux. Le second temps correspond à une époque ultérieure, après que sont apparues successivement les prestations de service public, qui ont étendu le champ des activités de l'Etat, puis les vagues de libéralisation de celles-ci. Le recours au droit privé, fruit d'un choix du législateur, a alors servi à encadrer des activités qui étaient précédemment régies par le droit public, afin de permettre aux collectivités publiques d'évoluer dans des marchés concurrentiels mais néanmoins régulés. L'article 35 al. 2 Cst., avec l'injonction faite à quiconque qui assume une tâche de l'Etat, s'applique avant tout aux activités pour lesquelles le recours au droit privé est un choix du législateur, comme l'illustre la jurisprudence étudiée. En revanche, il ne trouve en principe pas application pour les activités originellement soumises au droit privé que sont la gestion de son patrimoine financier, pour l'acquisition de biens, fournitures et services nécessaires à son activité, pour la poursuite d'activités économiques hors domaines libéralisés et pour certaines activités de prestations. Pour celles-ci, on se demande toujours si la théorie du droit administratif privé trouve application[135]. Mais avant de répondre à cette question, il s'agit d'exposer brièvement quelles sont les conséquences de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst.

III. L'obligation découlant de l'article 35 al. 2 Cst.

Le mandat constitutionnel. – Lorsqu'une personne ou une collectivité accomplit une tâche de l'Etat, elle est tenue de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. L'injonction est double. Il s'agit d'une part de respecter les droits fondamentaux, ce qui peut être rattaché à la traditionnelle limite aux activités de l'Etat[136], laquelle s'exprime avant tout comme une obligation de s'abstenir de tout comportement de nature à nuire à ces droits[137].

135 *Infra* D.
136 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 88), p. 55.
137 DUBEY (note 87), p. 39.

D'autre part, il s'agit de contribuer à leur réalisation. Le mandat s'adresse au législateur[138], mais également, de manière plus large, aux autorités d'application du droit et au juge[139], qui doivent adopter un comportement actif propre à les servir[140]. Cette double injonction, présentée ici de manière extrêmement schématique, ne doit être ni réduite à la distinction entre la dimension subjective, respectivement objective des droits fondamentaux[141], ni confondue avec celle-ci, puisque ces deux dimensions sont comprises tant dans l'injonction de respecter les droits fondamentaux[142] que dans celle de les réaliser[143]. Cela étant, nous nous concentrerons ici sur la fonction traditionnelle des droits fondamentaux en tant qu'ils posent une limite à l'activité de l'Etat.

Les droits fondamentaux visés par l'art. 35 al. 2 Cst. – La notion de droits fondamentaux dans la Constitution désigne de manière générale les libertés, les garanties de l'Etat de droit, les droits sociaux et les droits politiques[144]. *A priori*, les personnes obligées par l'article 35 al. 2 Cst. sont tenues de prendre en considération l'ensemble de ces droits. Toutefois, s'agissant de la problématique des activités de l'Etat soumises au droit privé, ce sont avant tout les libertés et les garanties de l'Etat de droit qui sont concernées. Il ressort de la jurisprudence que sont invoquées en premier lieu l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.)[145], de laquelle on peut selon les circonstances déduire une obligation de contracter[146], et la liberté d'expression (art. 16 al. 2 Cst.)[147]. Entrent également en ligne de compte, mais sans illustration concrète issue de la pratique, l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.)[148], la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.)[149] ou l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)[150].

Un assouplissement du respect des droits fondamentaux? – Dans les travaux préparatoires portant sur l'article 35 al. 2 Cst., le Conseil fédéral a déclaré qu'*«il est tout à fait imaginable que, pour la délégation de certaines tâches éta-*

---

138 Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 57; Waldmann (note 87), Art. 35 N 45.

139 Martenet (note 83), p. 244, à propos toutefois de l'art. 35 al. 1 Cst.; Schweizer Rainer, Die schweizerische Bundesvervassung, Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (éd.), 3ème éd., Saint-Gall 2014, Art. 35 N 37; Waldmann (note 87), Art. 35 N 46.

140 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194. Dubey (note 87), p. 39, à propos toutefois de l'art. 35 al. 1 Cst.

141 Waldmann (note 87), Art. 35 N 30.

142 Waldmann (note 87), Art. 35 N 32, 34.

143 Dubey (note 87), p. 39.

144 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 5 ss; Dubey (note 87), p. 30 ss; Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 9ème éd., Zurich 2016, p. 65–66.

145 ATF 136 II 457.

146 ATF 109 Ib 46; ATF 129 III 35.

147 ATF 138 I 274; ATF 127 I 84; ATF 139 I 306; TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.

148 Martenet (note 93), p. 135.

149 *Ibid.*

150 ATF 139 I 306; ATF 127 I 84, c. 4c).

tiques particulières, il faille assouplir, sur l'un ou l'autre point, des obligations résultant d'un droit fondamental. La formulation de l'alinéa 2 laisse suffisamment de marge pour que le législateur ou le juge opère certaines différenciations en fonction du type de tâche déléguée ou du titulaire de celle-ci»[151]. Il s'agissait alors de répondre aux milieux qui souhaitaient que les délégataires de tâches publiques, lorsqu'elles ne comprenaient pas l'exercice de la puissance publique, soient dispensés de l'obligation de respecter les droits fondamentaux.

La jurisprudence. – A ce jour, la jurisprudence n'a pas donné signe qu'elle entendrait atténuer la protection découlant du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst. Une telle direction n'a pas été empruntée alors même que le Tribunal fédéral élargissait la portée de la notion de tâche de l'Etat pour comprendre dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. des activités économiques annexes au service public, comme cela a été le cas notamment dans l'arrêt SSR[152]. Ainsi, le principe de l'égalité de traitement a été appliqué de manière pleine et entière dans l'arrêt CFF relatif au voyageur «au gris»[153], de même que les conditions de restriction à la liberté d'expression n'ont pas été assouplies dans les arrêts de l'affichage dans la gare de Zurich[154] et dans l'affaire de la location de la salle de l'Alhambra à l'humoriste Dieudonné[155].

La doctrine. – La doctrine, pour sa part, se montre partagée. Pour certains, un assouplissement du respect des droits fondamentaux ne se justifie d'aucune manière[156]. Pour d'autres, une souplesse s'avère nécessaire pour tenir compte de la situation de l'entité qui agit sur un marché en concurrence et qui ne doit pas voir sa position affaiblie par l'obligation de respecter des règles et des principes qui ne s'appliquent pas à ses concurrents[157]. Ces positions opposées sont le reflet de la portée donnée à la notion de tâche de l'Etat: plus les activités visées par la notion de tâche de l'Etat sont comprises de manière restrictive, ne visant que les tâches régaliennes et les activités de service public en monopole[158], moins un éventuel assouplissement est admis. Inversement, plus la notion de tâche de l'Etat est considérée de manière large, pour comprendre également des activités économiques en concurrence[159], alors la souplesse dans l'exigence quant au respect des droits fondamentaux est souhaitée. Cette souplesse est invoquée dans deux cas de figure. Il s'agit d'une part de ne pas affaiblir la situation de l'entité sur le

151 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.
152 ATF 139 I 306.
153 ATF 136 II 457.
154 ATF 127 I 84.
155 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.
156 Dubey (note 87), p. 42.
157 Häner (note 92), p. 1150 ss; Martenet (note 93), p. 135; Schweizer (note 137), Art. 35 N 45.
158 Dubey (note 87), p. 42; Dubey/Zufferey (note 5), p. 76–77.
159 Hangartner (note 111), p. 518; Martenet (note 93), p. 132–133; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.

marché en concurrence, respectivement de tenir compte du fait que la loi puisse lui avoir confié comme mission d'exercer une activité économique[160]. D'autre part, il importe de tenir compte, en cas de délégation de tâche publique, de l'intensité du lien entre l'entité délégataire et la collectivité délégante, au regard de l'autonomie de l'entité délégataire et de l'influence que la collectivité peut avoir sur elle[161].

La position retenue. – Comme déjà exposé ci-avant[162], nous sommes d'avis que la notion de tâche de l'Etat doit être comprise de manière restrictive et ne pas couvrir les activités économiques de l'Etat, en particulier celles qu'il déploie sur un marché en concurrence. Par conséquent, il n'est pas lieu d'envisager une application différenciée des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst. puisque nous considérons qu'en principe les hypothèses justifiant cette souplesse ne tombent pas dans le champ d'application de cette disposition. Toutefois, nous soutenons également que les droits fondamentaux s'appliquent quoi qu'il en soit lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé, la codification du critère du rattachement à la tâche de l'Etat n'ayant de notre opinion pas fait disparaître le critère institutionnel consacré par la théorie du droit administratif privé[163]. Comme nous le verrons, c'est dans ce contexte qu'une application différenciée des droits fondamentaux se justifie[164].

D. Le maintien du critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé

Plan. – Nous commençons par énoncer et justifier la position soutenue à ce stade de l'analyse, selon laquelle le critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé, l'introduction de l'article 35 al. 2 Cst. qui consacre le critère fonctionnel ne l'ayant pas fait disparaître (I.), et nous nous demandons ensuite si l'autonomie privée est un critère de nature à infléchir notre position (II.).

I. La position soutenue

La question. – Savoir si la codification de l'article 35 al. 2 Cst. et l'utilisation à cet effet du critère fonctionnel pour exiger le respect des droits fondamentaux a eu pour effet de supprimer le critère institutionnel exprimé dans la théorie du

160 Häner (note 92), p. 1150 ss; Martenet (note 93), p. 135; Schweizer (note 137), Art. 35 N 45.
161 Schefer Markus, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, PJA 2002 p. 1131/1133, 1142.
162 *Supra* I. 3, I. 4.
163 *Infra* D.
164 *Infra* E.

droit administratif privé, ou si au contraire celui-ci subsiste, est une question centrale de notre réflexion. Faut-il continuer de s'en tenir au critère institutionnel – et exiger le respect des droits fondamentaux parce que la personne qui agit est une entité de droit public alors même qu'elle n'accomplit pas de tâche de l'Etat – ou se référer uniquement au caractère de tâche de l'Etat de l'activité exercée? Autrement dit, le critère fonctionnel exclut-il l'application du critère institutionnel ou s'agit-il de deux critères cumulatifs?

Les indices donnés par la jurisprudence. – La question n'a pas été posée en ces terme en jurisprudence. Les principes appliqués par le Tribunal fédéral dans les affaires Ville de Lucerne[165] et La Poste[166] appellent des réponses contrastées, si ce n'est contradictoires. En effet, dans l'affaire des bus de Lucerne, avant de retenir que les prestations offertes étaient substituables – excluant par là l'obligation de respecter les droits fondamentaux – le Tribunal fédéral a pris soin de rappeler le principe lequel, même lorsqu'il agit en droit privé, l'Etat doit respecter les droits fondamentaux[167]. Immédiatement après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., en 2000, le Tribunal fédéral a donc fait sienne la théorie du droit administratif privé, indiquant alors que l'instauration du critère fonctionnel avait laissé subsister le critère institutionnel[168]. Toutefois, moins de deux ans plus tard, l'arrêt La Poste a fourni une réponse diamétralement opposée puisque le Tribunal fédéral a retenu que ce n'était qu'en matière de services universels que l'on peut considérer que La Poste accomplit une tâche étatique, faisant fi du critère institutionnel et rejetant partant la théorie du droit administratif privé. La jurisprudence plus récente, qui tend à élargir la notion de tâche de l'Etat aux activités annexes aux tâches de service public[169] nous paraît être l'aveu de ce que cette théorie du droit administratif privé a sa place dans notre ordre juridique.

La position de la doctrine. – La doctrine ne fournit pas de réponse uniforme. Il se dégage néanmoins une tendance majoritaire selon laquelle, même en l'absence d'accomplissement d'une tâche de l'Etat, celui-ci doit respecter les droits fondamentaux, ceux-ci s'exprimant avec plus ou moins d'intensité selon les opinions[170]. Par exemple, pour SCHEFER, la diversification des tâches de l'Etat n'a pas changé le fait que l'Etat doit agir dans le sens du bien commun *(«Gemeinwohlbezug»)* et qu'à cet effet il est tenu par les droits fondamentaux. Par

165 ATF 127 I 84.
166 ATF 129 III 35.
167 ATF 127 I 84, c. 4c.
168 *Ibid.*
169 ATF 139 I 306.
170 GÄCHTER THOMAS, Staatsrecht, in Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (éd.), 2ème éd., Zurich/Saint-Gall 2015, p. 450; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 9ème éd., Zurich 2016 (note 142), p. 80; SCHWEIZER (note 137), Art. 35 N 44 ss. KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2ème éd., Berne 2013, p. 47, TSCHANNEN (note 38), p. 111 et WALDMANN (note 87), Art. 35 N 21 retiennent que le seul critère fonctionnel doit être pris en considération. Indécis: AUBERT/MAHON (note 84), Art. 35 N 7.

conséquent, pour cet auteur, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. ne doit pas être l'unique élément servant à déterminer si l'Etat est lié dans son action par les droits fondamentaux[171]. A l'inverse, KIENER/KÄLIN, tout comme TSCHANNEN[172], retiennent que lorsque l'Etat gère son patrimoine financier, et que par conséquent l'on n'est pas en présence d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst., seule vaut la protection déduite de la réalisation générale des droits fondamentaux (art. 35 al. 1 Cst.)[173].

La position soutenue. – Nous considérons pour notre part que l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst. n'a pas remis en cause le courant incarné par la théorie du droit administratif privé et le critère institutionnel fondant l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Par conséquent, toutes les collectivités publiques et les entités qui en dépendent doivent, au nom du critère institutionnel, respecter les droits fondamentaux, même lorsqu'elles agissent au moyen du droit privé, alors même qu'elles n'agissent pas dans l'accomplissement d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.

La justification. L'interprétation historique. – Notre position repose tout d'abord sur l'interprétation historique. En effet, les travaux préparatoires n'évoquent pas que le constituant ait souhaité renoncer au critère institutionnel au profit du seul critère fonctionnel[174]. Les débats entourant l'article 35 Cst. ont porté avant tout sur la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux, laquelle a été *«clairement codifiée dans la mise à jour»* de la Constitution à l'alinéa 3[175]. Si le constituant avait souhaité ne plus voir le critère institutionnel appliqué au profit du seul critère fonctionnel, cela aurait dû faire l'objet de débats dans ce sens[176]. En outre, le commentaire du projet d'article 35 al. 2 Cst. est libellé de la sorte: *«Le 2ème alinéa indique les destinataires, ou débiteurs, des droits fondamentaux et s'adresse, en ce sens, aux organes de l'ensemble des collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et aux personnes qui assument une tâche de l'Etat.»*[177]. Si le Conseil fédéral avait souhaité renoncer au critère institutionnel, il n'aurait pas désigné les destinataires des droits fondamentaux sous deux catégories, les collectivités publiques, d'une part, et les personnes qui assument une tâche de l'Etat, d'autre part, mais il aurait pris soin de ne mentionner que ces dernières, en indiquant qu'il puisse s'agir tant d'entités publiques que de personnes privées.

La justification. L'interprétation téléologique. «L'Etat reste l'Etat». – Sous l'angle de l'interprétation téléologique, soit celle fondée notamment sur les

171 SCHEFER (note 159), p. 1133.
172 TSCHANNEN (note 38), p. 111.
173 KIENER/KÄLIN (note 169), p. 47.
174 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.
175 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194–195.
176 Le Tribunal fédéral a tenu un raisonnement analogue dans la cause *Glarnersach* lorsqu'il a reconnu que l'Etat pouvait accomplir des activités économiques: ATF 138 I 378, c. 6.3.3.
177 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.

valeurs sur lesquelles repose la règle, notre position se fonde sur une certaine vision de l'Etat. Nous reprenons en effet à notre compte les mots de GRISEL figurant en introduction de cette contribution: *«L'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé»*. Cette acception rejoint ce que FLEINER-GERSTER, prônait dans sa Théorie générale de l'Etat dans les années huitante: *«la souveraineté doit donc reposer sur la confiance que le peuple place dans la légitimité des activités gouvernementales»*[178]. Toujours selon cet auteur, *«il importe que le pouvoir économique de l'Etat soit soumis au même contrôle que l'exercice de la force publique. En effet, ce pouvoir doit s'apprécier selon les principes de la légalité et de l'égalité de traitement.»*[179]. En outre, renoncer au critère institutionnel reviendrait à adopter en Suisse la théorie du fisc, pourtant abandonnée au début du XXème siècle[180], solution à laquelle s'opposait aussi EICHENBERGER à cette même époque[181].

La justification. L'interprétation téléologique. L'action de l'Etat comme l'exercice de compétences. – En outre, toujours en lien avec la théorie générale de l'Etat, il faut retenir que l'action de celui-ci repose sur l'exercice de compétences[182], lesquelles naissent de la souveraineté inhérente à la qualité de l'Etat. Si la possibilité pour les collectivités publiques d'exercer des activités commerciales leur est acquise, ce qu'a désormais consacré l'arrêt *Glarnersach*[183], cette possibilité découle de leur maîtrise sur leurs biens, respectivement des facultés qui leur sont attribuées par la loi. Or, tant cette maîtrise sur les biens publics que la compétence de légiférer appartient à l'Etat en raison de cette qualité qui est la sienne. Ce faisant, l'Etat exerce des compétences et dans ce contexte, il est tenu par les droits fondamentaux, quel que soit le canal par lequel cette activité s'exprime. D'ailleurs, dans l'arrêt *Glarnersach*, le Tribunal fédéral a expressément souligné que l'activité économique de l'Etat, outre qu'elle doit demeurer neutre sur le plan de la concurrence ou ne pas entraîner de distorsions (art. 94 Cst.), doit reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 Cst.)[184].

Synthèse intermédiaire. – Nous sommes par conséquent d'avis que l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst., qui se fonde sur le critère fonctionnel pour imposer le respect des droits fondamentaux à quiconque accomplit une tâche de l'Etat, n'a pas eu pour effet de remettre en cause l'obligation de respecter les droits fondamentaux par les collectivités publiques lorsqu'elles agissent sur le plan du droit privé; l'obligation fondée sur le critère

178 FLEINER-GERSTER THOMAS, Théorie générale de l'Etat, Paris 1986, p. 198. Par «activités gouvernementales», l'auteur vise dans son propos l'ensemble des activités de l'Etat.

179 FLEINER-GERSTER (note 173), p. 197.

180 Implicitement: ATF 105 II 234, c. 5. Pour SCHLATTER (note 17), p. 53, la théorie du fisc est maintenant un anachronisme puisque la protection juridique contre les actes de l'Etat est assurée par les juridictions administratives.

181 EICHENBERGER (note 2), p. 83.

182 MOOR/POLTIER (note 25), p. 443.

183 ATF 138 I 378.

184 ATF 138 I 378, c. 8.

institutionnel demeure. Cela étant, nous ne pouvons omettre dans notre démonstration le fait que, tout récemment, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les collectivités publiques pouvaient être titulaires de la liberté économique. Or, l'autonomie privée, à laquelle s'oppose généralement la mise en œuvre des droits fondamentaux, est intimement liée à la liberté économique. Il est donc nécessaire de se demander si l'autonomie privée peut être invoquée par les collectivités publiques ou les entités décentralisées, en l'état du droit et dans l'hypothèse où la titularité de la liberté économique leur serait reconnue. Dans l'affirmative, on se demandera s'il s'agit d'un élément décisif pour remettre en cause l'application du critère institutionnel dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

II. L'autonomie privée comme piste de réflexion

Remarque préliminaire. – L'institution de l'autonomie privée est présentée de manière détaillée dans les Rapports des Professeurs MERKEL et GRAHAM-SIEGENTHALER, auxquels nous prions le lecteur de bien vouloir se référer. Nous nous contentons ici de mentionner l'ancrage de cette institution dans la pyramide des normes et sa relation aux autres droits fondamentaux et garanties de l'Etat de droit afin de déterminer si une éventuelle reconnaissance, par le Tribunal fédéral, de la liberté économique aux collectivités publiques, et par conséquent de l'autonomie privée qui y est attachée, pourrait être de nature à affecter l'obligation de respecter les droits fondamentaux par celles-ci.

Le «rang» de l'autonomie privée. – L'autonomie privée n'est pas codifiée dans notre Constitution, ni d'ailleurs dans le Code des obligations. Il s'agit de lui reconnaître une assise de rang constitutionnel, quelles que soient les différentes conceptions dogmatiques que l'on puisse retenir à son égard. Le premier point de rattachement à la Constitution est le rôle reconnu à l'autonomie privée par rapport aux libertés codifiées dans la Constitution: l'autonomie sous-tend la liberté économique[185] et en est un fondement[186]. Pour certains auteurs, l'autonomie privée fonderait d'ailleurs tous les droits fondamentaux[187]; elle serait en quelque sorte la condition nécessaire à l'origine de leur existence. Cette position, qui est aussi celle du Tribunal fédéral[188], n'est toutefois pas unanimement partagée; une partie de la doctrine retient en effet que le seul droit privé est la base et le cadre de l'autonomie privée[189]. Le second point de rattachement de l'autonomie privée à la Constitution est son lien à la liberté contractuelle: l'au-

185 ATF 130 I 26, c. 4.3.

186 GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, CR-CO I, Art. 19, 20 N 16.

187 ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Berne 2008, p. 131; MORIN ARIANE, La liberté contractuelle, in Propriété et liberté d'entreprendre – De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier, Foëx Bénédict/Hottelier Michel (éd.), Genève 2016, p. 15/19.

188 ATF 130 I 26, c. 4.3.

189 Voir les auteurs cités par ARNET (note 182), p. 132.

tonomie privée est considérée comme englobant la liberté contractuelle[190]. Or, la liberté contractuelle trouve son fondement dans la liberté économique (art. 27 Cst.) et dans la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)[191], voire, selon la position soutenue par certains, dans la liberté personnelle (art. 10 Cst.)[192]. L'autonomie privée doit donc être vue comme ayant un rang constitutionnel: que l'on admette ou non qu'elle procède de l'existence des droits fondamentaux, la liberté contractuelle, dont elle est la matrice, trouve quant à elle, son ancrage dans la Constitution. Mais il est vrai par ailleurs que le Tribunal fédéral place le plus souvent l'autonomie privée au même rang que la liberté contractuelle (art. 19 CO), comme principe fondant la liberté des personnes de choisir certaines formes juridiques[193], d'opter pour un contrat ou un autre[194], de fixer la durée de leurs rapports juridiques[195], de la modalité de ceux-ci[196], de disposer[197], de transiger[198] ou de renoncer à l'utilisation de voies de droit[199]. En ce sens, elle se recoupe largement avec la notion de liberté contractuelle[200].

La titularité des droits fondamentaux. – Par définition, les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat de sorte que les collectivités publiques ne peuvent en principe pas s'en prévaloir. En effet, ils ont pour fonction de protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique incarné par la puissance publique et sont par conséquent dirigés contre l'Etat[201]. Pour le Tribunal fédéral, de tels droits *«ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels (...)»*[202].

La qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. – La question de la titularité des droits fondamentaux est étroitement liée à la question de la qualité pour recourir des autorités devant le Tribunal fédéral, mais elle doit également en être soigneusement distinguée. Les règles relatives à la qualité pour former recours en matière de droit public dans la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005[203] prévoient que les autorités sont admises au recours *es qualités*, dans des cas bien déterminés: lorsque l'acte attaqué est susceptible de violer la législa-

190 Guillod/Steffen (note 181), Art. 19, 20 N 5.
191 ATF 113 Ia 126, c. 8b.
192 Guillod/Steffen (note 181), Art. 19, 20 N 2.
193 ATF 125 III 18, c. 4a.
194 ATF 129 III 702, c. 2.3.
195 ATF 126 III 421, c. 3c/cc.
196 ATF 140 III 206, c. 3.6.5; ATF 140 II 80, c. 2.4.1; ATF 133 III 155, c. 5.3; ATF 138 III 476, c. 6.1.1; ATF 127 III 449, c. 3c; ATF 123 III 35, c. 2a; ATF 117 II 604, c. 4; ATF 93 II 204, c. 5b.
197 ATF 133 III 167, c. 4.2.
198 ATF 124 II 8, c. 4.3.
199 ATF 141 III 596, c. 1.4.
200 not. ATF 138 I 113, c. 6.4.2; ATF 132 V 149, c. 5.2.4; ATF 129 III 559, c. 3.2.
201 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 3, 6; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 53; Dubey (note 87), p. 19, 77; Tschannen (note 38), p. 110; Waldmann (note 87), Art. 35 N 18.
202 ATF 142 II 259, c. 4.2.
203 RS 172.110; «LTF».

tion fédérale dans le domaine d'attribution d'une autorité fédérale (art. 89 al. 2 let. a LTF), lorsqu'il s'agit de rapports de travail du personnel de la Confédération au sein de l'Assemblée fédérale (art. 89 al. 2 let. b LTF), lorsque des communes ou autres corporations de droit public invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale (art. 89 al. 2 let. c LTF) ou enfin lorsque le droit fédéral accorde un droit de recours à des personnes, organisations ou à d'autres autorités (art. 89 al. 2 let. d LTF). Mais la jurisprudence permet également aux collectivités publiques de procéder devant le Tribunal fédéral *«lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif»*[204]. Elles doivent donc être atteintes de la même manière qu'un particulier, ou du moins de manière analogue, dans leurs intérêts juridiques ou patrimoniaux[205]. Cette notion de qualité pour recourir *«au même titre qu'un particulier»* est admise de manière relativement large par le Tribunal fédéral, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la LTF[206]. Toutefois, à notre sens, l'admission de cette qualité pour recourir *«comme un particulier»* n'équivaut pas à la reconnaissance *ipso facto* de la titularité de droits fondamentaux que la collectivité publique pourrait invoquer dans la procédure devant le Tribunal fédéral puisqu'il s'agit de distinguer la question de l'accès au recours et son examen au fond[207]; au demeurant, en présence de faits de double pertinence, il suffit, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché avec l'examen de la cause au fond[208].

---

204 ATF 142 II 259, c. 4.2, rendu dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire mais applicable *mutatis mutandis*.

205 ATF 138 I 143.

206 Aubry Girardin Florence, Commentaire de la LTF, Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), 2ème éd., Berne 2014, Art. 89 N 40–41; Poltier Etienne, Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in 10 ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bohnet François/Tappy Denis (éd.), Bâle 2017, p. 123/165; Waldmann Bernhard, Bundesgerichtsgesetz, Niggli Marcel/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (éd.), 2ème éd., Bâle 2011, Art. 89 N 42. Il en va différemment de l'autre volet de la qualité pour recourir des autorités visé par l'art. 89 al. 1 LTF, relatif aux situations dans lesquelles la collectivité publique est touchée dans ses prérogatives de puissance publique, qui a tendance à se rétrécir.

207 Pour Waldmann, ce lien entre admission au recours et reconnaissance de la titularité des droit fondamentaux n'est pas possible car la LTF n'exige pas un intérêt juridique, mais uniquement un intérêt digne de protection, pour le recours en matière de droit public: Waldmann Bernhard, Bundesverfassung, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bâle 2015, Art. 26 N 30.

208 ATF 142 II 156, c. 1.1.

L'invocation de la garantie de la propriété. – Le Tribunal fédéral a néanmoins reconnu aux collectivités publiques, centrales ou décentralisées, de se prévaloir dans une certaine mesure de la garantie de la propriété. Cette protection leur est reconnue lorsqu'il s'agit de se défendre contre des mesures qui les touchent comme des particuliers. Tel est le cas lorsque des décisions d'une autre collectivité publique les touchent en qualité de propriétaire de leur patrimoine financier, par exemple lorsqu'une commune conteste l'annulation d'un permis de construire portant sur un immeuble qui lui appartient à la suite de recours de voisins[209] ou si elle fait face à une procédure d'expropriation. Nous notons au passage que la doctrine est partagée sur la question de savoir si la protection de la garantie de la propriété s'étend au patrimoine administratif voire au domaine public[210]. Les collectivités publiques ne sont donc pas pleinement titulaires de la garantie de la propriété comme le sont les particuliers. D'une part, la protection se déploie dans la mesure nécessaire pour garantir qu'elles ne soient pas atteintes dans leurs droits analogues aux droits des particuliers. D'autre part, à notre sens, la protection constitutionnelle ne vaut que lorsqu'il s'agit de défendre la collectivité ou l'entité contre l'atteinte provenant d'une décision d'une autre autorité; la protection ne vaut pas lorsque la collectivité ou l'entité publique se prévaut d'un droit à agir librement.

La reconnaissance de la titularité de la liberté économique? – A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu que les collectivités publiques puissent être titulaires de la liberté économique. Dans l'arrêt *Glarnersach* de 2012, il s'est prononcé sur l'admissibilité de principe de telles activités, sans toutefois en indiquer l'ancrage[211]. Dans deux arrêts de 2000[212] et 2004[213] concernant Swisscom, il avait déjà laissé la question ouverte. Enfin, dans un arrêt récent *Aargauische Pensionskasse* de 2016, il a posé les bases de sa réflexion mais n'a pas définitivement tranché la question[214].

L'arrêt Aargauische Pensionskasse. – Dans cette affaire, la Caisse de pensions du canton d'Argovie se défendait d'être soumise au droit des marchés publics dans la mesure où, bien qu'entité de droit public, elle se considérait comme agissant dans un but commercial et industriel lorsqu'elle procédait à la rénovation de son parc immobilier. Or, le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsque les collectivités publiques agissent dans un tel but industriel ou commercial (Annexe 2, ch. 2 de l'Accord international sur les marchés publics conclu le 15 avril 1994 sous l'égide de l'Organisation mondiale du com-

209 ATF 97 I 639, c. 2b.

210 Pour une application large de la garantie de la propriété aux biens de l'Etat: DUBEY (note 87), p. 422–323; WALDMANN (note 202), Art. 26 N 30. Plus restrictifs: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), p. 306.

211 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.

212 ATF 127 II 8, c. 4c.

213 ATF 131 II 13, c. 6.4.1.

214 ATF 142 II 369, c. 6.3.

merce[215])[216]. Sur ce point, le Tribunal fédéral a donné tort à la Caisse de pensions du canton d'Argovie en retenant que, bien que la prévoyance professionnelle revête en principe un caractère commercial, la Caisse n'est pas réellement exposée à la concurrence puisque ses affiliés le sont obligatoirement en leur qualité de fonctionnaires cantonaux[217]. Dans le cadre de son argumentation, la Caisse de pensions du canton d'Argovie a invoqué que le fait de l'astreindre au respect du droit des marchés publics était de nature à porter atteinte à sa liberté économique et que cela portait atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents. Rappelant que *«En principe, les particuliers sont seuls titulaires de la liberté économique, à l'exclusion de l'Etat, en tout cas lorsque celui-ci accomplit une tâche publique»*[218], le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'*«il faut cependant envisager que des entreprises de droit public ou, le cas échéant, des collectivités publiques pratiquant une activité économique puisse aussi être titulaires de cette liberté»*[219]. Le Tribunal fédéral a ainsi fait état de sa jurisprudence, qui admet que des entreprises privées dominées par l'Etat puissent être titulaires de la liberté économique, pour autant qu'elles opèrent hors du secteur des tâches publiques qu'elles doivent assumer[220] ou lorsqu'elles opèrent en concurrence avec des particuliers[221]. Il s'est ensuite référé au courant doctrinal majoritaire, qui admet la titularité de la liberté économique pour les entreprises publiques prenant part à la concurrence à l'instar des particuliers[222]. Il a pris soin de rappeler que, de l'opinion dominante, la titularité de la liberté économique, dans un tel cas, ne doit être reconnue qu'à l'encontre d'une collectivité de niveau supérieur ou égal, mais pas à l'encontre de la collectivité qui domine l'établissement ou l'entreprise[223]. Il a enfin indiqué que seule une doctrine tout à fait minoritaire considère que l'entreprise publique jouit de la liberté économique dès qu'une certaine autonomie lui est conférée dans l'accomplissement de sa tâche ou que la collectivité lui assigne des objectifs spéciaux[224]. S'agissant de la Caisse de pensions d'Argovie, la titularité de la liberté économique ne pourrait de toute manière pas lui être reconnue puisque les modalités de son activité ne l'exposent pas à la concurrence[225].

---

215 RS 0.632.231.422, «AMP-OMC».

216 Pour une présentation plus détaillée des marchés publics, *infra* E.

217 ATF 142 II 369, c. 3.3. L'intensité du contrôle du canton sur la Caisse a également été determinante: ATF 142 II 369, c. 3.4.

218 ATF 142 II 369, c. 6.3, JT 2017 I 55/67.

219 ATF 142 II 369, c. 6.3.1, JT 2017 I 55/67.

220 ATF 139 I 306, c. 3.3.2, et pour autant que le secteur commercial ne soit pas destiné à financer la tâche publique.

221 ATF 138 I 289, c. 2.8.1.

222 ATF 142 II 369, c. 6.3.1, JT 2017 I 55/67, et les références.

223 *Ibid.*

224 *Ibid.*

225 ATF 142 II 369, c. 6.4, JT 2017 I 55/68.

Appréciation. – Avec cet arrêt, le Tribunal fédéral a de notre avis posé les jalons vers une prochaine reconnaissance de la titularité de la liberté économique pour les entités publiques décentralisées[226]. Toutefois, si le Tribunal fédéral nous paraît prêt à opérer une telle reconnaissance, cela sera moyennant plusieurs cautèles. Premièrement, la titularité de la liberté économique sera limitée à la nécessité de satisfaire aux exigences d'une saine concurrence entre l'entité publique et les autres entreprises actives sur le marché. En effet, le Tribunal fédéral a retenu que si l'assujettissement au droit des marchés publics a pour conséquence de compliquer la tâche de la Caisse lorsqu'elle entend rénover son parc immobilier, cela ne l'entrave pas dans son activité soumise à concurrence, puisque le droit des marchés publics ne s'applique pas pour l'acquisition de biens d'investissements pour laquelle la Caisse a besoin de pouvoir agir de manière simple et rapide[227]. Ensuite, la titularité de la liberté économique sera limitée en tant qu'elle procure des moyens de défense contre des actes d'autorité d'autres collectivités publiques. En cela, il s'agit de faire l'analogie avec la possibilité pour les collectivités publiques d'invoquer la garantie de la propriété uniquement lorsqu'il s'agit de leur procurer les moyens de se défendre contre des mesures qui les touchent comme des particuliers.

Les conséquences d'une éventuelle reconnaissance de la liberté économique des entités décentralisées. – Par conséquent, une éventuelle prochaine reconnaissance par le Tribunal fédéral de la titularité de la liberté économique aux entités décentralisées qui prennent part à la concurrence à l'instar des particuliers n'aura de notre opinion pas pour effet de leur conférer le bénéfice plein et entier de ce droit fondamental. La liberté économique devra être invoquée comme moyen de défense contre un acte d'autorité d'une autre collectivité publique, dans le but de placer l'entité publique qui l'invoque dans une situation d'égalité face à ses concurrents. En particulier, les entités décentralisées ne pourront pas, dans cette hypothèse, invoquer que le bénéfice de la liberté économique leur confère *ipso facto* l'autonomie qui s'y rapporte. Par conséquent, elles devront, quoi qu'il en soit, respecter les droits fondamentaux, même lorsqu'elles agissent en droit privé. On le verra toutefois, cette obligation ne s'étend pas à l'ensemble des droits fondamentaux[228].

L'autonomie privée et la liberté contractuelle. – Pour les auteurs qui ont examiné la question de l'autonomie privée sous l'angle non pas de la liberté économique consacrée par la Constitution mais sous l'angle de la liberté contractuelle telle que codifiée à l'article 19 CO, l'analyse n'est pas différente[229]. L'on notera que ces auteurs se sont exprimés après que le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt La

226 Très critiques: Abegg Andreas/Frei Marco, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht 2017 290/299.

227 ATF 142 II 369, c. 5.4.4, JT 2017 I 55/65.

228 *Infra* E. 2.

229 Abegg Andreas, Die Vertragsfreiheit der Verwaltung, RDS 2009 I 387/394; Mächler August, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zurich 2005, p. 167 ss.

Poste dans lequel il consacrait l'autonomie privée de celle-ci[230]. L'Etat, bien qu'agissant au moyen du droit privé, ne peut pas se prévaloir de l'article 19 CO et de l'autonomie qu'il procure, du moins dans la portée qui lui est reconnue en droit privé[231]. D'une part, le critère fonctionnel et la théorie du droit administratif privé s'y opposent, pour des motifs de hiérarchie des normes[232]. D'autre part, l'Etat, en tant que tel, ne dispose pas de l'autodétermination inhérente à l'exercice de l'autonomie privée[233]. Cette justification se rapproche de celle que nous avons évoquée avec la notion de l'exercice des compétences de l'Etat dont la faculté lui échoit en raison de la souveraineté qui est la sienne[234].

L'autonomie privée, le pouvoir d'appréciation, l'arbitraire et l'égalité de traitement. – Enfin, on lit parfois que l'autonomie privée constitue l'arbitraire entre particuliers: *«Das Willkürverbot zielt auf den Schutz vor staatlicher Willkür ab; Private können im Rahmen ihrer Privatautonomie ohne weiteres willkürlich handeln.»*[235]. Ou encore qu'*«il n'existe pas, en droit privé, de principe général d'égalité de traitement. Les particuliers ne sont pas tenus de traiter de manière semblable toutes les situations semblables et de manière dissemblable toutes les situations dissemblables. Un tel principe n'existe en tout cas pas en matière de successions, de droits réels et de contrats.»*[236]. L'autonomie privée, par les libertés de choix qu'elle consacre, entre en opposition avec les garanties de l'Etat de droit, en particulier l'arbitraire et l'égalité de traitement. Dans le même temps, l'Etat, qu'il agisse en droit privé ou en droit public, dispose d'une marge de manœuvre dans son action: il s'agit du pouvoir d'appréciation. Cette marge de manœuvre, qui lui est nécessaire pour réaliser la composante politique de son action, découle de la place laissée libre par la loi, d'une part, mais aussi, d'autre part, des limites posées par les droits fondamentaux[237]. Les droits fondamentaux, notamment les garanties de l'Etat de droit, ne s'opposent pas au pouvoir d'appréciation, ils le façonnent. Aussi, lorsque l'Etat agit en droit privé, sa marge de manœuvre n'existe pas parce qu'il jouirait de cette autonomie – l'Etat ne peut pas, comme les particuliers, se prévaloir d'un *«droit à l'arbitraire»* fondé sur l'autonomie privée[238] – mais parce qu'il dispose du pouvoir d'appréciation.

---

230 ATF 129 III 35, c. 5.
231 Abegg (note 223), p. 394.
232 Mächler (note 223), p. 171.
233 Mächler (note 223), p. 172–173.
234 *Supra* I.
235 Uhlmann Felix, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Berne 2005, p. 79.
236 ATF 133 III 167, c. 4.2.
237 Tanquerel Thierry, Le contrôle de l'opportunité, in: Le contentieux administratif, Bellanger François/Tanquerel Thierry (éd.), Genève 2013, p. 212–213; Schindler Benjamin, *Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich 2010, p. 87 ss.
238 ATF 127 I 84, c. 4c. Schlatter (note 17), p. 52.

Synthèse. – Même dans l'éventualité où la titularité de la liberté économique serait étendue aux entités publiques décentralisées pour couvrir les activités qu'elles accomplissent en concurrence, celles-ci n'en acquerraient pas pour autant l'autonomie privée et la liberté contractuelle inhérentes à cette liberté. Cela ne remet par conséquent pas en cause la conclusion à laquelle nous sommes parvenue en première partie de ce chapitre[239]: l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst., qui consacre le critère fonctionnel pour imposer le respect des droits fondamentaux à quiconque accomplit une tâche de l'Etat, n'a pas pour autant mis à néant le critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé. Partant, les collectivités et entités publiques ont, en raison de cette qualité, l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsqu'elles agissent en droit privé.

E. Le respect des droits fondamentaux par l'Etat

Plan. – Avant d'exposer dans quelle mesure les droits fondamentaux doivent être respectés par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé (II.), nous posons les bases de la discussion en identifiant, notamment, les intérêts et autres éléments qui pourraient, le cas échéant, s'opposer à leur application pleine et entière (I.)

I. Remarques préliminaires

Rappel. – L'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé découle de la réception, au début du siècle passé, de la théorie du droit administratif privé[240]. Nous soutenons dans la présente contribution que le Tribunal fédéral a en réalité fait sienne cette théorie dans différents arrêts rendus au fil du temps[241]. Il a ce faisant imposé que les collectivités publiques respectent *«les droits constitutionnels fondamentaux»*[242], respectivement qu'elles *«ne peuvent pas se prévaloir d'un droit à l'arbitraire fondé sur l'autonomie privée»*[243], ce qui l'a amené à considérer que l'égalité de traitement doit notamment être respectée[244]. Pour certains auteurs, cette obligation impose une application pleine et entière des droits fondamentaux[245]. Pour d'autres, elle doit être adaptée en fonction des circonstances; par exemple, une soumission complète aux droits fondamentaux ne paraît pas adéquate lorsqu'il s'agit de la gestion du patrimoine financier[246].

---

239 *Supra* I.
240 *Supra* B.II.
241 *Supra* D.I.
242 ATF 109 Ib 46, c. 5.4.
243 ATF 127 I 84 c. 4c), JT 2003 I 94/99.
244 ATF 109 Ib 46, c. 5.4.
245 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 306.
246 Tanquerel (note 5), p. 63.

Le lien avec l'article 35 al. 2 Cst. – Si l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé doit être admise, la difficulté est, comme on le verra en dernière partie[247], celle d'accéder au juge pour en vérifier la mise en œuvre. Cela a également eu pour conséquence jusqu'à présent que la casuistique est maigre lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. Dans le même temps, l'article 35 al. 2 Cst. offre une protection analogue lorsque l'accomplissement d'une tâche de l'Etat est en cause. En effet, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. et le critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé entraînent la même obligation de principe à charge de l'Etat, à savoir celle de respecter les droits fondamentaux[248]. Pour ce motif, nous nous inspirerons dans une grande mesure de la jurisprudence et la position de la doctrine en relation avec cette disposition afin de dégager les critères permettant de circonscrire la portée de l'obligation de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé sans néanmoins accomplir une tâche qui lui est confiée au sens de l'article 35 al. 2 Cst.

L'obligation de respecter les droits fondamentaux découlant de l'article 35 al. 2 Cst. – Au titre de l'obligation générale de respecter les droits fondamentaux pour les collectivités, entités ou personnes tenues par l'article 35 al. 2 Cst., rappelons que le Tribunal fédéral a imposé de respecter, en particulier, la liberté d'expression[249]. La doctrine y ajoute l'obligation de respecter l'interdiction des discriminations et la protection de la liberté humaine; elle propose également une application différenciée des droits fondamentaux selon les circonstances[250]. Cette application différenciée est préconisée afin de tenir compte du fait que l'entité publique agit sur un marché en concurrence, respectivement que le législateur lui a confié la tâche d'exercer une activité économique[251]. Pour notre part, nous avons exclu une application assouplie des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst., au motif que la notion de tâche de l'Etat doit être comprise strictement et non de manière extensive[252].

Les intérêts contradictoires en jeu. – Lorsque l'Etat est tenu au respect des droits fondamentaux en vertu du seul critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé, des intérêts contradictoires émergent car l'Etat n'accomplit pas une de ses tâches de puissance publique ou d'activité en monopole. Ces intérêts contradictoires sont de différente nature. Ils peuvent s'exprimer par le choix du législateur de voir une activité accomplie sur un marché concurrentiel, comme la fourniture de services postaux hors service universel ou la fourniture

247 *Infra* F.
248 *Supra* C. II.
249 *Ibid.*
250 *Ibid.*
251 *Ibid.*
252 *Ibid.*

d'électricité à des gros consommateurs, par exemple. Il peut s'agir aussi de tenir compte de l'autonomie que l'Etat a voulu donner aux entités décentralisées[253]; celle-ci peut être ténue, comme c'est le cas de bon nombre d'établissements publics, ou à l'inverse extrêmement grande, comme par exemple pour Swisscom ou les banques cantonales. Il importe enfin de prendre en considération l'intérêt de l'Etat à gérer son patrimoine financier de manière rationnelle et efficace, selon des critères économiques ou commerciaux[254], pour l'intérêt indirect que procure son rendement ou sa valeur. Ces éléments doivent être pris en compte dans l'appréciation de la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Comme on le verra, ils peuvent avoir une portée conséquente, respectivement aucune portée dans l'analyse (II.). Parmi ces critères, l'activité exercée sur un marché en concurrence mérite quelques développements. De même, nous évoquerons la place du droit des marchés publics dans la problématique.

L'activité exercée sur un marché en concurrence. – La question d'une activité économique exercée par une collectivité ou entité publique sur un marché en concurrence est saillante, comme les arrêts La Poste[255], *Glarnersach*[256] et *Aargauische Pensionskasse*[257] l'illustrent à eux seuls. Il vaut la peine de s'y arrêter un instant. La problématique de l'activité en concurrence des collectivités publiques s'examine sous deux aspects. Le premier aspect est celui l'obligation de neutralité concurrentielle de l'Etat (art. 94 Cst.): l'activité concurrentielle de la collectivité publique doit demeurer neutre sur le plan de la concurrence ou ne pas entraîner de distorsion[258]. En particulier, les entreprises étatiques actives à la fois dans un secteur bénéficiant d'un monopole et dans un autre soumis à la concurrence doivent les séparer dans leurs comptes, tout subventionnement transversal de l'activité soumise à la concurrence par l'activité au bénéfice du monopole étant interdit[259]. Cette obligation de neutralité concurrentielle est désormais bien circonscrite dans les principes énoncés dans la jurisprudence; ces principes sont également repris dans la législation sur les cartels[260] et dans les lois régissant certaines activités sectorielles[261]. Cet aspect n'est pas celui qui nous occupe ici. Le second aspect, qui fonde notre propos, est celui illustré par le fait que l'obligation de respecter les droits fondamentaux puisse constituer un frein à l'activité économique de la collectivité publique. Cela a été relevé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Glarnersach*, à propos d'une éventuelle subsidia-

253 Pour illustration, ATAF 2017 II 1.
254 Tanquerel (note 5), p. 62.
255 ATF 129 III 35.
256 ATF 138 I 378.
257 ATF 142 II 369.
258 ATF 138 I 378, c. 6.2.2, JT 2014 I 3/10.
259 ATF 138 I 378, c. 9.1, JT 2014 I 3/21.
260 Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RS 251, «LCart».
261 Voir par exemple les art. 19 de la Loi fédérale sur La poste du 17 décembre 2010 (RS 783.0; «LPO») ou 10 de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7; «LApEl»), qui interdisent les subventions croisées.

rité de l'activité économique, mais cela vaut *mutatis mutandis* eu égard à la concurrence: «*Il serait en outre contradictoire d'exiger qu'une activité économique de l'Etat soit soumise aux mêmes conditions que des activités similaires des particuliers (c. 6.3.2 in fine), d'une part, et de n'autoriser une activité étatique que s'il n'existe pas d'offre privée suffisante, d'autre part. L'exigence de l'égalité des armes suppose une situation de concurrence entre les entreprises étatiques et privées, situation qui ne peut exister que si, avec l'entreprise étatique, des entreprises privées participent aussi au marché concerné*[262].» Le fait que la collectivité publique exerce sur un marché en concurrence doit donc être pris en compte dans l'examen des droits fondamentaux que celle-ci doit respecter.

Les activités de l'Etat visées par le droit des marchés publics. – L'Etat recourt au droit privé lorsqu'il acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à l'exécution de ses tâches *(«Bedarfsverwaltung»)*. En raison de sa qualité de *«demandeur»* sur le marché libre pour acquérir auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques, il tombe dans le champ d'application du droit des marchés publics[263]. Le droit des marchés publics a pour but de parer au risque que des marchés soient adjugés de manière antiéconomique ou discriminatoire en raison du manque de pression sur les coûts dû à l'absence de concurrence. Aussi, un organisme est assujetti au droit des marchés publics parce qu'il est présumé qu'il ne se comportera pas de manière économique[264]. L'assujettissement au droit des marchés publics suppose, parmi d'autres conditions, la poursuite d'un but d'intérêt général par l'entité en cause, d'une part, et l'absence de caractère économique ou commercial de son activité, d'autre part. Le but d'intérêt général est très largement tout but d'intérêt public, même si celui-ci n'appréhende pas seulement des tâches étatiques[265]; le but d'intérêt public est donc compris de manière large. Dans des arrêts antérieurs à l'arrêt *Aargauische Pensionskasse*, le Tribunal fédéral avait axé sa réflexion autour de la notion de *«tâches publiques»* présente dans la définition générale des marchés publics et avait retenu, de la même manière, que la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler[266]. S'agissant de l'absence de caractère économique ou commercial

262 ATF 138 I 378, c. 8.4.

263 TF 2C_229/2017 du 9 mars 2018, c. 2.2, destiné à la publication; ATF 141 II 113, c. 1.1.2. Selon la collectivité publique en cause, la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1; «LMP») ou l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics («AIMP») et les lois cantonales sur les marchés publics s'appliquent. Les règles du droit fédéral, intercantonal et cantonal doivent en outre respecter le droit international, à savoir l'AMP-OMC, et être le cas échéant interprétées conformément à celui-ci.

264 ATF 142 II 369, c. 3.3.3.1, JT 2017 I 55/58.

265 ATF 142 II 369, c. 3.3.2, JT 2017 I 55/57.

266 ATF 135 II 49, c. 5.2.2.

de l'activité, il s'agit d'apprécier celui-ci non pas de manière abstraite, mais de manière concrète, au regard de l'effectivité de la situation de concurrence sur le marché en cause[267]; nous retenons par conséquent que le critère de l'absence d'une activité économique ou commerciale est compris de manière restrictive. Par conséquent, le droit des marchés publics s'applique non seulement à l'activité de l'Etat par laquelle il acquiert les moyens d'accomplir ses tâches, mais également, selon les circonstances, à certaines activités qui peuvent être rangées dans la catégorie des activités économiques sous l'angle de la classification des tâches publiques[268]. Quant à la gestion du patrimoine financier, elle n'est en principe pas soumise au droit des marchés publics, en particulier lorsqu'aucune base légale spécifique ne confie à la collectivité publique le soin d'accomplir la tâche en cause[269]. Les marchés permettant d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont pas soumis au droit des marchés publics[270].

L'obligation de respecter les droits fondamentaux découle du droit des marchés publics. – En formalisant une procédure d'adjudication et en la soumettant au droit public, le législateur a posé le cadre et les limites du pouvoir d'appréciation de l'Etat lorsqu'il acquiert les moyens de son action. Le droit des marchés publics a pour objectif, notamment, de garantir l'égalité de traitement entre soumissionnaires[271]. Aussi, les droits fondamentaux qui doivent être respectés dans le cadre de cette procédure ont été pris en compte par la loi. Par conséquent, lorsque le droit des marchés publics est applicable, la question du respect des droits fondamentaux par l'Etat est régie par cette législation, et non plus par l'obligation qui découle du critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé. Par conséquent, les propos qui suivent ne valent pas lorsque l'Etat acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à l'exécution de ses tâches publiques et lorsqu'il accomplit certaines activités économiques qui doivent être considérées comme n'étant pas soumises à une concurrence suffisante.

II. La prise en compte des intérêts contradictoires dans l'examen des droits fondamentaux

1. L'interdiction des discriminations

L'interdiction des discriminations. – L'interdiction des discriminations trouve son fondement à l'article 8 al. 2 Cst. ainsi qu'aux articles 14 CEDH et 4 al. 1 et

267 ATF 142 II 369, c. 3.3.3.2, JT 2017 I 55/59.
268 *Supra* C. I. 2.
269 TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, c. 5.2.3.
270 Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale du droit des marchés publics, FF 2017 p. Le droit des marchés publics est actuellement en cours de révision. Sur ce point, la révision se réfère à la jurisprudence en vigueur.
271 Art. 1 al 2 LMP et 1 al. 3 let. b AIMP.

26 Pacte ONU II. Selon l'art. 8 al. 2 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer. Toutefois l'interdiction de la discrimination au sens du droit constitutionnel suisse ne rend pas absolument inadmissible le fait de se fonder sur un critère prohibé tel que ceux énumérés de manière non exhaustive par l'art. 8 al. 2 Cst. L'usage d'un tel critère fait naître une présomption de différenciation inadmissible qui ne peut être renversée que par une justification qualifiée: la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public légitime et primordial, être nécessaire et adéquate et respecter dans l'ensemble le principe de la proportionnalité[272]. Protection qualifiée contre l'inégalité de traitement, l'interdiction des discriminations entretient, en outre, un lien étroit avec la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.)[273].

Les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux ne s'appliquent pas. – En raison du caractère qualifié de la protection qu'il procure, l'article 8 al. 2 Cst., lorsqu'il s'applique, n'a pas à céder le pas sur d'autres intérêts contradictoires. Ainsi, pour MARTENET, l'interdiction des discriminations et la protection de la dignité humaine l'emportent en toute hypothèse sur les considérations concurrentielles[274]. A notre sens, il doit en aller de même lorsqu'une entité décentralisée invoque son autonomie ou son souci de gérer son patrimoine financier de manière rationnelle et efficiente. Ainsi, l'Etat ne peut évidemment pas envisager d'établir, au nom de la gestion rationnelle de son patrimoine financier, un système de *«liste noire»*, fondée sur des critères discriminatoires comme la couleur de peau ou l'orientation sexuelle de catégories de personnes qui ne seraient pas admises à se voir allouer un logement relevant de son patrimoine financier[275]. Pour d'autres critères de distinction, toute la question est alors évidemment d'apprécier ce qui relève ou non de la discrimination. En l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interdiction de la

272 ATF 143 I 129, c. 2.3.1.
273 DUBEY (note 87), p. 587; MARTENET (note 93), p. 420.
274 MARTENET (note 93), p. 135.
275 TANQUEREL (note 5), p. 62–63.

discrimination déploie uniquement un effet asymétrique, en protégeant les personnes physiques appartenant à certains groupes défavorisés[276]; la conception selon laquelle la protection a également une dimension symétrique, visant alors, de manière neutre, les personnes physiques appartenant à tout groupe caractérisé, n'est pas retenue en jurisprudence[277]. C'est donc à notre sens sous l'angle général de l'égalité de traitement qu'il convient d'apprécier si l'Etat peut écarter des candidats à son parc locatif des locataires considérés comme «naturellement quérulents» à raison de la profession qu'ils exercent.

2. *Les libertés*

Les libertés. – Les libertés sont les droits fondamentaux qui garantissent à l'individu et à la société une certaine sphère d'autonomie en imposant essentiellement à l'Etat de s'abstenir de toute mesure de nature à interférer avec leurs actions[278]. Les libertés peuvent être restreintes aux conditions de l'article 36 Cst.: une atteinte aux libertés doit reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité. Savoir si les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux doivent être pris en compte dans l'appréciation de la restriction des libertés est illustré à l'aide de l'état de fait à l'appui de l'arrêt La Poste[279].

L'activité exercée sur un marché en concurrence. L'arrêt La Poste. – C'est en effet par cette grille d'analyse qu'il s'agit d'apprécier l'arrêt La Poste laquelle est, selon l'opinion que nous soutenons, tenue au respect des droits fondamentaux en raison du seul fait qu'il s'agit d'une entité de droit public. Le refus d'acheminer les publications d'ACUSA consistait en un refus de contracter de la part de La Poste Le refus de contracter de La Poste constitue à notre sens une atteinte à la liberté d'expression d'ACUSA puisque cette association n'a pas été en mesure de diffuser ses publications; en cela, la situation est analogue à l'état de fait à la base de l'arrêt SSR, dans lequel le refus de Publisuisse SA de diffuser le spot publicitaire de cette même association a été considéré comme portant atteinte à sa liberté d'expression[280]. S'agissant des conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.), nous ne nous attardons pas sur l'exigence de la base légale, en précisant néanmoins que d'éventuelles conditions générales ne valent pas base légale, de sorte que celle-ci devrait être cherchée dans la LPO[281]. S'agissant de l'intérêt public, il s'agit de se demander si l'exercice d'une activité sur un marché en concurrence constitue un tel intérêt. L'inté-

276 ATF 138 I 205, c. 5.4; ATF 137 V 334, c. 6.2.1; ATF 129 I 217, c. 1.1. Dubey (note 87), p. 588; Kleber Eleonor, La discrimination multiple, Zurich 2015, p. 53 ss.

277 Sur cet enjeu: Dubey (note 87), p. 588; Kleber (note 268), p. 53 ss, et les références.

278 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Dubey (note 87), p. 30.

279 ATF 129 III 35.

280 ATF 139 I 306.

281 ATF 139 I 306, c. 4.

rêt fiscal de l'Etat, soit son intérêt à l'acquisition de ressources, fait partie des intérêts publics reconnus au titre de l'art. 5 al. 2 Cst. pour guider son action[282]. En revanche, il est généralement admis que l'intérêt fiscal ne permet pas de justifier une atteinte aux droits fondamentaux (art. 36 Cst.)[283]. Dans l'arrêt *Glarnersach*, toutefois, le Tribunal fédéral semble admettre l'intérêt fiscal comme un intérêt public permettant de restreindre les droits fondamentaux[284]. Mais dans le même temps, le Tribunal fédéral règle la question sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, en reconnaissant une éventuelle qualité d'intérêt public de l'intérêt fiscal mais qui s'avère non suffisante dans la pesée des intérêts: *«L'intérêt fiscal, soit l'intérêt à l'acquisition de ressources pour l'Etat, ne constitue que dans une très faible mesure un motif suffisant de restreindre des droits fondamentaux individuels»*[285]. En toute hypothèse, l'intérêt de l'Etat d'accroître ses ressources, lequel accroissement est réalisé en l'occurrence au moyen de l'exercice d'une activité économique en concurrence, n'est pas – si l'on admet qu'il entre dans l'examen en lui reconnaissant la qualité d'intérêt public – un motif suffisant pour justifier une atteinte aux libertés. Cette grille d'analyse nous mène donc à retenir que, dans l'état de fait à l'origine de l'arrêt La Poste, celle-ci a très vraisemblablement causé une atteinte non justifiée à la liberté d'expression d'ACUSA.

Les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux n'ont pas de portée. – De manière générale, l'intérêt de l'Etat à accroître ses ressources ne permet pas de justifier une atteinte aux libertés: soit il ne s'agit pas d'un intérêt public reconnu, soit celui-ci n'a pratiquement aucun poids dans la pesée des intérêts. Or, tant une activité exercée sur un marché en concurrence que l'intérêt de l'Etat à la gestion rationnelle de son patrimoine financier, de même que dans une certaine mesure la préservation de l'autonomie de l'entité décentralisée, visent un tel but. Par conséquent, il ne peut de notre avis être que difficilement question d'une application différenciée des droits fondamentaux dans le domaine des restrictions aux libertés.

3. *L'égalité de traitement*

L'égalité de traitement. – Une décision viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il

282 Wyss Martin, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Berne 2001, p. 358–359.
283 Wyss (note 274), p. 360 ss, et les références.
284 ATF 138 I 378, c. 8.6.1.
285 *Ibid.*

faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante[286]. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement[287].

La problématique. – L'égalité de traitement est le droit fondamental pour lequel il est le plus difficile d'apprécier l'impact des critères pouvant justifier une application différenciée des droits fondamentaux. En effet, ce droit fondamental est dans une grande mesure susceptible d'entraver l'Etat dans son action puisque le particulier qui l'invoque n'a ni à établir qu'il est protégé par une liberté, encore moins à se prévaloir d'un motif de discrimination. Il lui suffit *a priori* d'invoquer la comparaison avec une situation semblable pour revendiquer un traitement similaire. C'est donc dans ce contexte que la nécessité d'une application différenciée des droits fondamentaux se fait sentir et déploie ses effets. Pour illustrer nos propos, nous aborderons successivement les deux questions choisies de l'obligation de contracter, sur laquelle l'égalité de traitement n'a à notre sens guère de portée, et celle des conditions salariales des employés de l'Etat, pour lesquelles l'égalité de traitement doit être respectée.

L'égalité de traitement n'emporte pas obligation de contracter. – Au stade du choix du partenaire contractuel, l'égalité de traitement ne peut à notre sens pas être invoquée pour contraindre l'Etat à conclure avec une personne plutôt qu'une autre. Comme le relève MARTENET, l'obligation de respecter l'égalité de traitement ne signifie pas encore que la collectivité publique a l'obligation de contracter, respectivement l'obligation de fournir une prestation à quiconque en fait la demande[288]. Aussi, nous sommes d'avis que seul un refus de contracter fondé sur des motifs discriminatoires[289] ou emportant la violation d'une liberté[290] pourrait être opposé à l'Etat afin de le contraindre à conclure; hormis ces cas, l'Etat a le choix de son partenaire contractuel. Cette conclusion s'impose eu égard au but poursuivi par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé, à savoir de pouvoir fonder son activité sur des principes commerciaux et d'économie; en effet, la saine gestion du patrimoine financier constitue un intérêt public légitime. Pour sa part, TANQUEREL retient, à propos de la gestion du patrimoine financier, qu'une *«soumission complète aux droits fondamentaux, en particulier l'égalité de traitement, ne paraît pas adéquate vu la nature du patrimoine financier»*[291]. A notre sens, cela vaut pour toute l'activité contractuelle de l'Etat

286 ATF 141 I 153, c. 5.1; ATF 137 V 334, c. 6.2.1.

287 ATF 141 I 153, c. 5.1.

288 MARTENET (note 93), p. 135.

289 *Supra* 1. Pour une illustration, dans une relation soumise au droit public: ATF 140 I 201 c. 6.3–6.4.

290 *Supra* 2.

291 TANQUEREL (note 5), p. 63. Du même avis, mais excluant en outre toute application des droits fondamentaux: DUBEY/ZUFFEREY (note 5), p. 546. Apparemment *contra*: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), p. 539.

soumise au droit privé. Partant, les CFF, lorsqu'ils gèrent leur parc immobilier et proposent des surfaces commerciales et de logement sur le marché, sont libres de choisir leurs locataires au même titre que n'importe quel bailleur. De la même manière, une commune peut pour sa part attribuer à qui bon lui semble la gérance d'un hôtel cinq étoiles dont elle est propriétaire[292]. Nous verrons ci-après que dans ces cas, le contrôle politique issu de la bonne gouvernance des collectivités et entreprises publiques de même que le contrôle citoyen rendu possible par les règles sur la transparence sont susceptibles d'atténuer quelque peu cette conclusion[293].

L'égalité de traitement et le personnel engagé sous contrat de droit privé. – L'égalité de traitement occupe une place particulière dans la gestion du personnel de l'Etat. L'on songe tout d'abord à la problématique du recours au droit privé pour l'engagement de celui-ci. La Constitution ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés de l'Etat mais il est admis de longue date que, dans certaines situations, il existe le besoin de recourir au droit privé[294]. Le droit privé peut s'appliquer à l'ensemble du personnel d'une entité décentralisée, comme c'est le cas du personnel de Pro Helvetia[295], de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents[296], de l'Autorité fédérale en matière de révision[297], ou de Swisscom[298] notamment. Dans ce cas, la question de savoir si l'égalité de traitement entre employés est réalisée face au choix de la relation de droit de travail de droit privé ne se pose guère puisque tous les employés de la même entité sont soumis au même régime juridique[299]. En revanche, le droit privé peut aussi s'appliquer à certains employés seulement, par choix de la collectivité publique, pour autant qu'une base légale le permette[300]. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral exige, au nom de l'égalité de traitement, qu'il y ait une raison objective de faire coexister des statuts différents de droit privé et de droit public[301]. Relève d'une telle raison objective l'engagement

292 ATA/112/2018 du 6 février 2018 (Cour de justice, Genève).

293 *Infra* F. II.

294 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1, et les références.

295 Art. 39 de la Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009, RS 442.1.

296 Art. 65b de la Loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981, RS 832.20.

297 Art. 33 de la Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005, RS 221.302.

298 Art. 16 de la Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997, RS 784.11.

299 Défago Gaudin Valérie, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in: Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (éd.), Neuchâtel 2016, p. 259/266 ss; Tanquerel Thierry, Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique, in: Les réformes de la fonction publique, Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 49/74-75.

300 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.3. Par exemple art. 6 de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1.

301 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.

d'employés engagés pour une durée limitée ou pour une mission particulière[302]. Lorsque ces raisons objectives font défaut, le contrat de droit privé est requalifié en un contrat de droit administratif[303]. L'égalité de traitement vaut également pour ce qui est de la détermination des conditions de travail des employés, notamment le salaire. Que ce soit l'ensemble du personnel d'une entité décentralisée qui soit soumis au droit privé ou seulement quelques employés d'une collectivité publique ou d'une entité décentralisée, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté[304]. En particulier, lorsque des employés sont engagés sous statut de droit privé alors que la collectivité ou l'entité connaît un régime de service de droit public, nous sommes d'avis que le salaire desdits employés doit être fixé selon les mêmes critères que ceux appliqués aux employés ou fonctionnaires sous statut de droit public. La saine gestion des deniers publics ne saurait constituer un motif pour porter atteinte au principe de l'égalité de traitement.

4. *Synthèse*

Synthèse. – Il découle de la casuistique qui précède, qui n'est pas exhaustive, que l'obligation de respecter les droits fondamentaux se déploie différemment selon le droit fondamental en cause. L'interdiction des discriminations doit être respectée strictement et l'Etat ne peut invoquer aucun motif lié au fait qu'il exerce une activité en concurrence, qu'il dispose d'une autonomie organisationnelle ou qu'il est tenu à une gestion rationnelle et efficiente de son patrimoine financier pour s'y soustraire. Lorsqu'il s'agit de la restriction à une liberté, ces motifs peuvent entrer en ligne de compte mais ils n'ont qu'un poids relatif dans l'analyse du caractère admissible de l'atteinte au droit fondamental. C'est en revanche dans l'analyse du respect de l'égalité de traitement que ces critères peuvent être reçus et ils s'expriment avant tout autour de l'absence d'obligation de contracter.

F. Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux

Plan. – Nous abordons dans ce dernier chapitre la question du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé en proposant d'intégrer celui-ci dans le contrôle des actes matériels lorsque d'autres voies de droit ne sont pas disponibles (I.). Nous évoquerons enfin très brièvement, sous forme d'hypothèse, les conséquences probables des moyens de contrôle politique découlant des règles relatives à la gouvernance des entreprises publiques et du contrôle citoyen issu des règles sur la transparence (II.).

---

302 Tanquerel (note 290), p. 74.
303 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.
304 Tanquerel (note 290), p. 75.

I. Le contrôle juridictionnel

Le constat. – Les droits fondamentaux ont comme qualité intrinsèque de pouvoir être invoqués devant un juge[305]. Leur mise en œuvre ou l'absence de celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Toutefois, le faible nombre d'arrêts rendus, de même que la teneur de certaines décisions, nous amènent à supposer que le contrôle du respect des droits fondamentaux est rarement mis en œuvre lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. Sur le plan quantitatif, le faible contentieux s'explique tout d'abord par le fait que les plaideurs semblent ne pas invoquer, devant les juridictions civiles qui sont compétentes pour trancher les litiges en matière de droit privé, des griefs de nature constitutionnelle, alors même que les règles procédurales, *a priori*, le leur permettent[306]. Une rapide revue de l'ensemble des arrêts publiés des cours civiles du Tribunal fédéral permet de l'illustrer: à notre connaissance, le seul arrêt publié dans lequel le Tribunal fédéral a été saisi de la question du respect des droits fondamentaux par l'Etat dans une cause civile est l'arrêt La Poste[307]; ACUSA avait en effet demandé à la juridiction civile de constater que le refus de distribuer les tracts était illicite, en invoquant, entre autres griefs, la protection des droits fondamentaux. Comme mentionné en introduction de cette contribution, il serait intéressant d'examiner de manière systématique la jurisprudence des juridictions civiles cantonales, juridictions du travail et juridictions des baux comprises, afin d'identifier les obstacles rencontrés par les plaideurs. Rappelons également que le droit des marchés publics, en formalisant la procédure de choix du partenaire contractuel de l'Etat lorsqu'il acquiert les moyens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches publiques, n'est pas compris dans le contrôle juridictionnel que nous évoquons ici; cette législation a en effet intégré le respect des droits fondamentaux dans ses règles matérielles et, partant, assure la protection qui s'y rapporte. Sur le plan qualitatif, le fait que le Tribunal fédéral confirme généralement – mais pas systématiquement[308] – le refus d'entrer en matière prononcé par les autorités cantonales lorsqu'un acte détachable est invoqué[309] est un autre élément de nature à fermer la porte du contrôle juridictionnel. Cette problématique se retrouve avant tout dans le domaine de la gestion du patrimoine financier. En revanche, il apparaît que le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux est plus vivant lorsqu'il emprunte la voie de la procédure administrative. Une telle voie est ouverte lors-

305 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 7; Dubey (note 88), p. 18.

306 Art. 95 let. a LTF. Corboz Bernard, Commentaire de la LTF, Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), 2ème éd., Berne 2014, Art. 95 N 20.

307 ATF 129 III 35.

308 TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.2, ZBl 116/2015 p. 146.

309 TF 4A_221/2008 du 23 septembre 2008.

qu'une autorité de surveillance[310], d'examen des plaintes[311] ou de régulation est instituée et qu'elle est habilitée à rendre des décisions. De telles autorités existent notamment lorsque l'Etat fournit une prestation de service public car, souvent, l'ouverture des marchés a été accompagnée par la mise en place de mécanismes de surveillance et de régulation sectorielle. Le contentieux de droit public est également ouvert dans le cas de la gestion déléguée du patrimoine administratif, la prise de position de l'Etat envers son partenaire contractuel quant à la gestion de ses biens étant considérée comme une décision[312].

La nécessité d'un contrôle juridictionnel. – Un contrôle juridictionnel généralisé de la mise en œuvre des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé est, de notre opinion, indispensable. En effet, le fait que le contrôle juridictionnel ne soit pas ouvert pour certains actes de l'Etat, soit que le législateur ne l'a pas prévu, soit que l'organisation de la collectivité publique ne s'y prête pas, n'est pas admissible. Nous nous référons en cela à l'arrêt que le Tribunal fédéral a rendu en 2006 à propos du règlement interne d'un centre pour requérants d'asile, qui limitait les heures de sortie des occupants, l'arrêt FAREAS: *«La Fareas est tenue, dans l'accomplissement de son mandat, de veiller au respect des droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. (…). Afin que cette exigence, déjà déduite par la jurisprudence de l'ancienne Constitution fédérale (…), soit effective, l'Etat se doit (…) de garantir une protection juridique minimum aux personnes susceptibles d'être touchées dans leurs droits fondamentaux par les actes du délégataire de tâches publiques, du moins pour les atteintes potentielles d'une certaine gravité.»*[313]. Cet arrêt a été rendu dans le cadre du contrôle des actes d'un délégataire privé chargé de tâches de l'Etat. Toutefois, l'assertion selon laquelle une protection juridique minimum doit être garantie aux personnes susceptibles d'être touchées dans leurs droits fondamentaux est transposable à l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé, même si l'article 35 al. 2 Cst. ne s'applique pas. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. et le critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé emportent une obligation de nature similaire à charge de l'Etat[314].

La garantie de l'accès au juge. – Depuis 2007, la Constitution prévoit la garantie de l'accès au juge. L'article 29a Cst. donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire[315]. Il étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques portant sur les droits et les obligations de personnes physiques ou morales conférés par le droit maté-

310 ATAF 2017 II 1; ATF 136 II 457.
311 ATF 139 I 306.
312 ATF 138 I 274; ATF 127 I 84.
313 ATF 133 I 49, c. 4.2. Eg. 126 I 250, c. 2d.
314 *Supra* E. I.
315 ATF 136 I 323, c. 4.2.

riel[316]. La garantie n'empêche pas que le législateur pose des conditions destinées à limiter l'accès au recours à la contestation des seules décisions. En revanche, selon les circonstances, elle ouvre le contrôle juridictionnel à certains actes matériels de l'administration[317]. Par conséquent, lorsqu'il n'est pas ouvert à la faveur de la prise d'une décision par l'autorité, ou lorsqu'il n'est pas possible de saisir les juridictions civiles, le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé doit être envisagé par le contrôle des actes matériels de l'Etat.

La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels. – Selon l'article 25a de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968[318], toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations rende une décision sur de tels actes; l'intéressé peut par exemple demander la constatation de l'illicéité de l'acte en cause (art. 25a al. 1 let. c PA). En substance, cette disposition vise à permettre à l'administré de s'en prendre à des actes matériels de l'administration qu'il considère comme illicites[319]. La recevabilité d'une demande de décision portant sur un acte matériel est soumise à la réalisation de deux conditions. D'une part, le demandeur doit faire valoir un intérêt digne de protection au sens de l'article 6 PA *cum* 48 PA et 89 LTF. Pour que cette exigence soit remplie, il convient d'établir une relation suffisamment étroite entre la personne requérante et l'acte matériel en cause; l'intérêt en question peut être de droit ou de fait, étant précisé que le requérant doit pouvoir tirer de la décision sollicitée un avantage pratique en relation avec cet acte matériel[320]. D'autre part, le demandeur doit pouvoir établir qu'il subit une atteinte à sa situation juridique; tel est le cas lorsqu'il invoque la violation de droits fondamentaux[321]. Enfin, le mécanisme de l'article 25a PA cède le pas à d'autres voies si une protection juridique est assurée d'une autre manière[322].

L'activité relevant du droit privé comme acte matériel. – En droit administratif, les décisions sont opposées aux actes matériels. La distinction entre les premières et les seconds tient à l'effet qui s'y rapporte: les décisions ont pour but de modifier une situation juridique en créant, annulant, modifiant ou constatant un droit, ou en rejetant une demande formée à cet effet. A l'inverse, les actes matériels n'ont pas pour but de modifier une situation juridique[323]. Selon

316 ATF 136 I 323, c. 4.4.
317 ATF 136 I 323, c. 4.4.
318 RS 172.021; «PA».
319 ATF 140 II 315, c. 2, RDAF 2015 I p. 300/301-302.
320 ATF 140 II 315, c. 4.3, RDAF 2015 I p. 300/303.
321 ATF 140 II 315, c. 4.2, RDAF 2015 I p. 300/303. Eg. ATF 143 I 336, c. 4.3.1, JT 2017 I 197/200.
322 ATF 140 II 315, c. 3, RDAF 2015 I p. 300/302.
323 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 231; Tanquerel (note 5), p. 231.

le Tribunal fédéral, *«alors que la décision a pour objet de fixer des droits ou des obligations (art. 5 PA), l'acte matériel se borne à 'toucher' des droits et obligations»*[324]. Avec TANQUEREL, nous retenons que lorsque l'Etat agit en droit privé, il accomplit des actes matériels[325]. En effet, lorsque l'Etat conclut un contrat portant sur son patrimoine financier, il ne prend pas un acte soumis au droit public destiné à fixer les droits ou obligations de son partenaire contractuel, mais dans le même temps des droits et obligations naissent de cette action.

Des actes fondés sur le droit public fédéral? – Une interrogation de taille demeure pour les actes de l'Etat soumis au droit privé. En effet, l'article 25a PA exige que l'acte à prendre par l'autorité à l'issue de la procédure de demande de décision portant sur un acte matériel relève du droit public. La question est donc de savoir si la protection découlant de l'article 25a PA exclut l'activité de l'Etat en droit privé. Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur cette question et la doctrine est partagée. Pour certains auteurs, la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels ne vaut pas pour l'activité de droit privé de l'administration puisqu'en toute hypothèse celle-ci ne serait pas en mesure de statuer sur la base du droit public[326]. D'autres auteurs admettent implicitement que l'article 25a PA puisse valoir pour l'activité étatique relevant du droit privé dans la mesure où ils analysent la question de la subsidiarité de la protection eu égard aux actions civiles[327]. A notre sens, la question doit être tranchée à la lumière de la jurisprudence consacrant la nécessité d'un contrôle juridictionnel lorsque des droits fondamentaux sont en cause, à savoir l'arrêt FAREAS[328]. Bien que cet arrêt ait été rendu avant que l'article 25a PA n'entre en vigueur, il consacre la protection des individus contre des atteintes à leurs droits fondamentaux, quelle que soit la nature juridique de la relation entre ces individus et l'entité chargée d'une tâche publique, respectivement, selon la position que nous soutenons, l'Etat. Or, cette protection découle directement de la Constitution, de sorte que l'article 25a PA doit être interprété conformément à l'article 35 al. 2 Cst. La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels doit, partant, également valoir pour les actes que l'Etat accomplit au moyen du droit privé puisqu'il s'agit d'assurer la protection des droits fondamentaux. Pour ce même motif, nous sommes d'avis que cette protection vaut de manière générale, même dans les cantons qui n'ont pas adopté de disposition analogue à l'article 25a PA[329].

---

324 ATF 140 II 315, c. 4.3, RDAF 2015 I p. 300/303.

325 TANQUEREL (note 5), p. 231.

326 HÄNER ISABELLE, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (éd.), 2ème éd., Zurich 2016, Art. 25a N 15; KIENER REGINA/RÜTSCHE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2ème éd., Zurich/Saint-Gall 2015, p. 106.

327 KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 128–130.

328 ATF 133 I 49.

329 Sur cette question: TANQUEREL (note 5), p. 242.

La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels comme acte détachable. – Admettre la protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels pour l'activité de l'Etat soumise au droit privé revient à formaliser l'intention de la collectivité publique ou de l'entité décentralisée dans une décision, tout en laissant la relation contractuelle nouée avec le particulier soumise au droit privé. Cela mène donc à une solution analogue à celle découlant de la mise en œuvre de la théorie de l'acte détachable dans laquelle l'acte consistant en la décision de conclure est assimilé à une décision. Par conséquent, dans les cas où la protection juridictionnelle n'est pas assurée par l'accès aux juridictions civiles ou à une autorité de régulation ou de surveillance, ou par la prise d'une décision par l'Etat, il incombe à notre sens au Tribunal fédéral d'admettre la théorie de l'acte détachable. Cela vaut en particulier pour la gestion du patrimoine financier, pour laquelle il n'existe pas d'autorité de régulation ou de surveillance.

La limite de la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels. – Comme mentionné ci-dessus, la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels est subsidiaire à d'autres types de contrôles juridictionnels. En particulier, la doctrine tend à considérer que lorsque la voie civile est ouverte, l'article 25a PA ne trouve pas application[330]. Cette exigence réduit d'autant la possibilité de voir ouvert ce type de contrôle, même s'il est plus aisé et moins onéreux à mettre en œuvre qu'une action civile.

Synthèse. – La protection juridictionnelle se déploie de manière variée lorsque l'Etat agit en droit privé. La violation des droits fondamentaux par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé peut être invoquée devant les juridictions civiles, devant une autorité de surveillance ou de régulation, voire une autorité de recours lorsque la position de l'Etat s'exprime par la voie d'une décision. Lorsqu'aucune de ces voies n'est disponible, la protection juridictionnelle doit être assurée par la mise en œuvre de la demande de décision portant sur les actes matériels de l'administration et la théorie de l'acte détachable doit dans ce cadre être reçue.

II. Le contrôle issu de la gouvernance des entreprises publiques et des règles sur la transparence

La problématique. – La gestion de l'Etat est soumise à un contrôle et à une visibilité plus importants que le secteur privé. En effet, maintes formes de contrôle de l'administration existent et se conjuguent selon les circonstances. Outre le contrôle juridictionnel évoqué ci-avant[331], l'on peut mentionner, notamment, la surveillance exercée par le gouvernement sur ses propres services

330 Kölz/Häner/Bertschi (note 326), p. 130.
331 *Supra* I.

ou sur les entités décentralisées qui en dépendent, ou la haute surveillance parlementaire sur l'activité de l'administration. Ces formes de surveillance sont cumulées avec la surveillance financière exercée par l'organe administrativement indépendant *ad hoc* de la collectivité publique en cause, le Contrôle fédéral des finances ou ses homologues cantonaux et, lorsqu'elle existe, l'évaluation des politiques publiques, par exemple par une Cour des comptes. A ces formes organisées de surveillance s'ajoute le contrôle citoyen de l'activité de l'administration issu des règles sur la transparence[332]. L'ensemble de ces instruments a très certainement pour effet de participer à la garantie de la mise en œuvre des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. En effet, nous pensons qu'ils incitent l'Etat à adopter un comportement pouvant être expliqué et justifié sous l'angle politique[333], quitte à auto-limiter le pouvoir d'appréciation dont il dispose. Or, nous avons retenu que, bien que l'Etat soit tenu au respect des droits fondamentaux lorsqu'il agit en droit privé, la portée du principe de l'égalité de traitement est relativement limitée. C'est avant tout eu égard à la mise en œuvre de ce principe qu'il pourrait être question d'une auto-discipline de l'Etat lorsqu'il agit en droit privé. Cela étant, nous ne vérifierons pas cette hypothèse dans le présent Rapport, entreprise qui relève d'ailleurs à la fois de la science juridique et de la science politique; nous nous contenterons d'évoquer très sommairement les règles en matière de gouvernance des entreprises publiques et le principe de transparence, dans la mesure où les premières valent avant tout dans les secteur libéralisés dans lesquels l'Etat agit en droit privé et dans la mesures où les seconde ont été illustrées en pratique en relation avec la gestion du patrimoine financier de l'Etat.

La gouvernance des entreprises publiques. – La gouvernance des entreprises publiques fait l'objet de Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance d'entreprises publiques, élaborées initialement en 2005 et mises à jour en 2015. Il s'agit de recommandations adressées aux pouvoirs publics concernant les moyens de s'assurer que les entreprises publiques exercent leurs activités de manière efficace, transparente et responsable. Elles constituent la norme internationalement reconnue relative à la façon dont la puissance publique doit assumer sa fonction d'actionnaire afin d'éviter les pièges que représentent d'une part, un actionnariat passif, et d'autre part, un interventionnisme excessif de la part de l'État[334]. Sur le plan interne, la Confédération a émis en 2006 un Rapport sur le gouvernement d'entreprise portant sur l'externalisation des tâches de la Confédération et la gestion des entités devenues autonomes[335]. Le Rapport

332 A propos des divers moyens de contrôle de l'administration: Ulhmann Felix, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118/2017, p. 471 ss.

333 S'agissant de la haute surveillance parlementaire: Schindler (note 237), p. 386; s'agissant de la transparence: Schindler (note 237), p. 377.

334 OCDE, Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015, p. 3.

335 Conseil fédéral, Rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), FF 2006 p. 7799 ss. Le Rapport

a, notamment, pour objet de concilier le double rôle de l'Etat, à la fois propriétaire et garant de l'exécution de tâches publiques, en particulier dans les domaines d'activité libéralisés[336]. La gouvernance des entreprises de la Confédération se fait au moyen de la fixation d'objectifs stratégiques (art. 8 al. 5 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997[337]). Ces objectifs stratégiques servent tout d'abord d'instrument de pilotage; ils constituent également la base de référence pour la haute surveillance parlementaire mise en place dans ce contexte[338]. Ces principes de gouvernance et la haute surveillance qui s'y attache sont de nature à inciter les entités décentralisées à adopter une gestion plus transparente et exempte de critiques dans la mesure où, au-delà du droit, ces entités doivent rendre compte aux instances politiques.

Les règles en matière de transparence. – Depuis 2006, date de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la transparence de l'administration du 17 décembre 2004[339], le principe du secret de l'activité de l'administration *(«secret sous réserve de transparence»)* a été aboli en faveur du principe de la transparence *(«transparence sous réserve du secret»)*. Le principe de la publicité sert la transparence et il doit promouvoir la confiance du citoyen dans les institutions étatiques et leur fonctionnement; c'est aussi une condition importante d'une participation démocratique appropriée au processus de décision politique et à un contrôle efficace des autorités étatiques[340]. Les cantons ont aussi pour la plupart adopté des lois dans ce sens. Le contrôle citoyen mis en place par les législations sur la transparence participe également à ce que les collectivités et entités qui y sont soumises adoptent des comportements qui se conforment au respect de l'égalité de traitement, dont on a vu qu'elle s'imposait avec moins de vigueur que les autres droits fondamentaux. Par exemple, une collectivité publique peut être encline à organiser une procédure d'appel d'offres pour la mise en gérance d'un bien relevant de son patrimoine financier, alors même qu'elle n'y est pas tenue par les règles sur les marchés publics[341].

---

sur le gouvernement d'entreprises est complété par un Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances qui explicite les principes directeurs fixés par le Conseil fédéral: ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES FINANCES, Rapport explicatif du 13 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, Berne 2006, disponible à l'adresse https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html. Voir ég. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national, FF 2009, p. 2299 ss.

336 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (note 334), p. 7831–7832.

337 RS 172.010; «LOGA».

338 Voir la Loi fédérale du 17 décembre 2010 relative à la participation de l'Assemblée fédérale au pilotage des entités devenues autonomes, RO 2011 p. 5859 ss.

339 RS 152.3; «LTrans».

340 ATF 142 II 113, c. 3.1, JT 2017 I 3/4-5.

341 Pour illustration: ATA/112/2018 (Cour de justice, Genève), c. 5a, dans lequel la Ville de Genève expose s'être astreinte à une procédure d'appel d'offres pour des raisons politiques, afin de pouvoir expliquer ce choix aux élus et aux citoyens.

Les règles en matière de transparence. Leur application à la gestion du patrimoine financier? –Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'admettre que des lois cantonales pouvaient être comprises comme excluant de leur champ d'application la gestion du patrimoine financier[342]; il s'agissait en l'occurrence d'une demande tendant à obtenir l'état locatif d'un immeuble détenu par l'Etat de Genève. Cet arrêt a été critiqué en doctrine pour des motifs tenant à l'interprétation de la loi genevoise sur l'accès aux documents détenus par l'administration[343]. Parvenue au terme de ce Rapport, nous ajoutons que le besoin de transparence est d'autant plus accru dans ce domaine que la gestion du patrimoine financier est celle des activités de l'Etat, lorsqu'il agit en droit privé, qui n'est soumise ni à l'obligation de respecter les droits fondamentaux découlant de l'article 35 al. 2 Cst.[344], ni au droit des marchés publics[345], qui est celle pour laquelle la collectivité publique a un grand pouvoir d'appréciation[346] et qui, en l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel généralisé du respect des droits fondamentaux[347].

G. Conclusion

La question du cadre juridique entourant l'activité de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé n'est pas nouvelle. De nombreux auteurs avant nous ont tenté d'en circonscrire les enjeux tant théoriques que pratiques, au temps de l'avènement du service public au milieu du siècle dernier comme au temps de sa mue vers une activité peu ou prou économique, engagée depuis la fin de celui-ci.

Le droit des marchés publics, qui, depuis une vingtaine d'années, couvre l'activité par laquelle l'Etat se procure les moyens d'accomplir ses tâches publiques, a soumis au droit public la phase du choix du partenaire contractuel de droit privé pour cette activité. Cette législation intègre également les droits fondamentaux dont le législateur a entendu assurer la protection, en particulier l'égalité de traitement des soumissionnaires. Dans ce domaine qui comprend une part considérable de l'activité de l'Etat soumis au droit privé, le droit positif a pris le relais des principes en maturation dans la jurisprudence, notamment la théorie de l'acte détachable.

L'introduction dans la Constitution en 2000 de l'article 35 al. 2 Cst., avec l'avènement du critère fonctionnel, a permis de faire avancer la réflexion autour

342 TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015, RDAF 2015 I 511.
343 Flückiger Alexandre, note à propos de l'arrêt TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015, RDAF 2015 I 516/517-518.
344 *Supra* C. I. 2. Voir toutefois C. I. 3.
345 *Supra* E. I.
346 *Supra* E. II. 3.
347 *Supra* F.

du respect des droits fondamentaux par l'Etat. L'approche du Tribunal fédéral, qui tend à comprendre de manière de plus en plus large la notion de tâche de l'Etat, permet d'appréhender un pan important de l'activité économique de l'Etat lorsqu'elle est liée à un service public. Il en va de même de l'assimilation du patrimoine financier au patrimoine administratif lorsqu'une réglementation de droit public sous-tend sa gestion. La mise en œuvre de cette disposition a permis d'alimenter, quelque peu, une jurisprudence quasiment inexistante. La jurisprudence ne s'est toutefois pas entièrement emparée de la question de savoir si la réception du critère fonctionnel dans la Constitution laisse encore de la place au critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé. A ce jour, les signaux sont encore contradictoires.

Une autre étape importante à nos yeux a été franchie avec la protection juridictionnelle déduite de la décision portant sur les actes matériels de l'administration, qui a commencé à se développer dans la jurisprudence au début des années 2000 et qui a été codifiée ensuite lors de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale il y a quelque dix ans maintenant. Bien que peu affirmée jusqu'à présent, cette protection juridictionnelle devrait, à notre sens, être utilisée pour la protection des droits fondamentaux découlant du critère institutionnel et de la théorie du droit administratif privé, tout particulièrement pour la gestion du patrimoine financier, lorsque les actions fondées sur le droit privé ne permettent pas de réaliser cette protection.

Nous nous étions demandé de manière un peu provocatrice en introduction de ce Rapport si l'Etat dispose de l'autonomie privée lorsqu'il agit en droit privé. La question n'était en réalité pas si insolente puisque le Tribunal fédéral, au moins à une reprise, a reconnu qu'une entité décentralisée de droit public pouvait se prévaloir de la liberté contractuelle. A notre avis, c'est à tort. L'Etat ne dispose pas de l'autonomie privée car celle-ci est et demeure le privilège des particuliers, même – et surtout – en temps de libéralisations, de privatisations et d'avènement de la très influente liberté économique. Nous clorons donc cette contribution avec les mots par lesquels elle a débuté: *«L'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé.»*