

**N.B. : Ces notes de cours n'ont pas été contrôlées par le Professeur Zufferey.
Je décline donc toute responsabilité au sujet de leur contenu.**

Droit économique

§ 1. Généralités

I. Les concepts et leurs délimitations

1. Le droit économique

Il est défini comme l'ensemble des règles (textes légaux) et principes par lesquels l'Etat organise, configure et conduit son économie. Attention, la terminologie est fluctuante et c'est un amalgame de domaines à caractère économique. L'UE s'est développée mais à l'origine elle était purement commerciale. La Suisse, dans le fond, n'est qu'un marché commun. Le droit économique est avant tout de l'économie. On élabore des réglementations après chaque crise.

2. Le droit administratif économique

2.1. La notion

On distingue le droit économique constitutionnel (la Constitution économique) et le droit administratif économique. Ce dernier est l'application des normes administratives dans l'action administrative actuelle. Il y a aussi le droit d'urgence (Notrecht) qui consiste en des interventions du CF sans base légale pour des motifs politiques. Attention, le droit économique n'est pas du droit commercial !

2.2. Les caractéristiques

Le droit des marchés (Marktrecht) est l'ensemble des règles qui s'appliquent quand on a un marché. Le droit des affaires est un véritable fourre-tout et n'apporte rien du point de vue juridique.

Le droit de la planification économique consiste en le fait d'organiser l'activité future de l'Etat.

Le droit économique suisse n'est pas un droit d'économie planifiée (pays totalitaires) ni un capitalisme sauvage : nous avons un droit fondé sur le principe de l'économie libre de marché.

II. Le panorama général de l'intervention étatique

cf. Tableau n° 23

1. La partie générale

1.1. Les interventions normatives à but économique

Leur objectif est de se mêler du déroulement de l'économie. Il peut s'agir de la création d'un marché national commun : les biens et les capitaux peuvent circuler librement. Cela a commencé en 1848. Il y a toutefois encore des discriminations. En 1992, lors du refus d'entrée dans l'EEE, le CF a réagi en prenant des mesures pour redynamiser l'économie suisse, p.ex. la LMI a été adoptée. Elle permet aux professionnels de tous les cantons d'exercer en dehors de leur canton de domicile, p.ex. les avocats. Cela parfait le marché commun en Suisse.

On peut aussi créer des monopoles de droit. Il s'agit en fait de la négation de la liberté économique, p.ex. la limite du nombre de ramoneurs ou interdire la construction de restaurants fast-food à proximité des écoles primaires.

Des mesures de promotion économique peuvent être prises : elles se manifestent à travers des subventions ou des mesures en nature.

D'autres mesures, celles de politique économique, existent : il s'agit de restrictions à la liberté économique. Elles ont pour but de perturber la concurrence. Par le biais de mesures de ce genre, on veut soutenir une activité d'intérêt public.

1.2. Les interventions normatives à effet économique

Ce sont des mesures de police et leur but est non-économique, p.ex. la législation sur les avocats. Le but de ces mesures est de protéger la population, p.ex. si un avocat fait faillite, le jugement dans lequel il défend une partie est renvoyé, ceci afin de protéger les clients de cet avocat. La législation spécifique exige de vérifier les finances des avocats afin qu'ils n'abusent pas de leurs clients.

Il peut aussi s'agir de mesures de politique sociale, qui visent à promouvoir le bien-être de la population, p.ex. interdire la vente en supermarché de comprimés de vitamines C+.

Les mesures à effet économique peuvent aussi intervenir dans des domaines sans lien direct avec l'économie, p.ex. l'aménagement du territoire.

1.3. Les interventions économiques de fait

Dans cette partie, l'Etat intervient comme acteur économique. En Suisse, le secteur public est minuscule. Peu d'entreprises sont donc en mains de l'Etat. On utilise alors des lois ressemblant au CO, inspiré de l'économie privée. La grande protection dont bénéficiait la fonction publique s'est aussi amenuisée.

L'Etat est aussi un gestionnaire de capitaux : il tire d'ailleurs sa fortune :

- Des impôts
- Des emprunts : il emprunte systématiquement.
- De la prévoyance sociale générale : l'Etat gère lui-même ces masses d'argent (cf. OPP2).
- De ses avoirs (dossiers ou titres) en banque : il est gestionnaire de biens (rappel).
- Des marchés publics (accord entre un adjudicateur et un adjudicataire). La procédure spécifique est régie par un droit bien particulier.

2. La partie spéciale

2.1. Une liste non exhaustive et non systématique

- Droit des finances publiques
- Droit industriel : p.ex. concernant les dépôts d'hydrocarbures
- Droit agricole : p.ex. concernant les paiements directs
- Droit de l'approvisionnement en énergie
- Droit des entreprises mixtes : celles dans lesquelles l'Etat et les particuliers sont associés.
- Droit du commerce extérieur : très réglementé.
- Droit des professions libérales : attention, il est cantonal !

2.2. Les renvois à d'autres cours ou parties de cours

cf. supra

III. La politique économique en droit fédéral

1. L'évolution

1.1. Un mot d'histoire

Jusqu'au XVIII^e siècle, on pratiquait le corporatisme, c'est à dire qu'il était interdit à un artisan de s'installer dans une région sans qu'une corporation de cette région donne son accord. Aujourd'hui, on parlerait de néo-corporatisme.

Dès le XVIII^e s., on a une certaine libre-circulation mais l'acte de Médiation de 1803 fit faire un léger retour en arrière aux choses. Vint ensuite une période de libéralisme durant laquelle furent consacrées la propriété privée, les libertés individuelles, l'Etat devait permettre le libre-échange (p.ex. on unifia la monnaie en Suisse).

À la fin du XIX^e s., il y eut une vague d'interventionnisme étatique (loi sur l'agriculture, le droit d'auteur, la protection des travailleurs...). Dès le début du XX^e siècle, les art. 31ss aCst féd. ont créé un Etat de libre marché (entre autres l'art. 31^{quinquies} aCst qui était l' « article conjoncturel »).

En 1972, le franc suisse était assujéti à une pression très forte. L'industrie avait donc des problèmes à exporter. L'Etat a du intervenir fortement en instaurant une interdiction de déposer de l'argent étranger en Suisse (pratique des intérêts négatifs).

1.2. Les développements récents

Depuis 1980, on arrive dans une phase de dérégulation car non seulement les législations sont défaites mais aussi les autorités de surveillance. La dérégulation consiste à faire tomber les barrières de régulation qui empêchent l'activité économique, p.ex. faire accéder au marché vaudois un avocat ayant fait son brevet à Genève. On place toutefois des exigences supplémentaires en créant des surveillants (p.ex. l'OFCOM surveille Swisscom). Cette crise a engendré la phase actuelle de rerégulation, c'ad que l'Etat affirme de nouveau sa qualité d'acteur économique).

Aux USA, on a concrétisé cela par le Glass-steeple act qui consiste à séparer les banques d'investissements des banques commerciales.

2. Le droit constitutionnel économique

2.1. La Constitution économique

Il s'agit de l'ensemble des dispositions constitutionnelles qui forment l'ordre économique suisse. Il s'agit de deux blocs d'articles :

- l'art. 27 Cst féd. qui consacre la liberté économique
- les art. 94^{ss} Cst féd. qui sont la « Constitution économique ».

2.2. Politique économique et liberté du commerce et de l'industrie

Il y a deux théories qui existent :

- La théorie de la Constitution économique de la liberté de commerce et d'industrie (les anciens) selon lesquels la liberté économique est le principe qui gouverne la Constitution et le législateur doit protéger cela. Pour y déroger, il faut une base constitutionnelle.
- La théorie de la Constitution économique de la politique économique (les modernes) : la liberté économique est un droit fondamental et les normes dans leur ensemble forment cette liberté. On distinguera entre deux types d'interventions :
 - Les interventions conformes à la liberté économique : atteintes ayant pour but de maintenir la liberté économique, p.ex. la COMCO ou la Lcart.
 - Les interventions non-conformes à la liberté économique : il s'agit de limitations de concurrence tuant la concurrence. Elles sont désormais mentionnées par le TF.

2.3. Les diverses dispositions constitutionnelles économiques

cf. supra

§ 2. La liberté économique

I. La notion

1. La définition

Elle est consacrée à l'art. 27 Cst féd. : il s'agit du droit de choisir et exercer librement une activité économique privée. À l'art. 1 al. 3 LMI, on parle de « toute activité non-régaliennne ayant pour but un gain ».

2. La protection contre des interventions étatiques

C'est un élément de droit public. Cette liberté contient des aspects institutionnels et individuels :

- Institutionnels : la liberté économique constitue l'ordre économique.
- Individuels : il s'agit de la garantie de notre sphère privée : l'Etat a l'obligation de ne pas se mêler des activités privées. Elle n'a donc pas de contenu positif et ne règle pas les rapports entre particuliers.

Il y a toutefois une petite évolution qui se dessine :

- La liberté syndicale est une autorisation de violer son contrat de travail (p.ex. droit de grève).
- En matière de marchés publics, on a un heureux (l'adjudicataire) et plein de malheureux (les soumissionnaires évincés). Ces derniers peuvent recourir contre l'adjudication mais pas pour violation de la liberté économique.
- La liberté contractuelle est parfois limitée par la liberté économique, p.ex. si on a une Toyota qui a des problèmes de pédales, on peut se plaindre directement chez Toyota Suisse et non au siège de Tokyo.

3. Les délimitations

3.1. Par rapport à la garantie de la propriété

En principe, la distinction est relativement facile à faire. Mais de gros débats ont lieu là-dessus. Ils s'illustrent dans les arrêts *Globus*, *rade de Genève* et *Mc Donald's*.

Dans l'arrêt *Globus* (ATF 102 Ia 104), le canton de Bâle-Ville a décidé d'interdire les centres commerciaux de plus de 8000 m² sur son territoire. L'objectif est l'aménagement du territoire. Il est admissible. Tant pis pour les effets secondaires économiques. On veut juste éviter les conséquences environnementales du « tourisme commercial ».

Dans l'arrêt *Rade de Genève*, un plan de sites a été édicté pour « figer » les vieux hôtels

de la rade. On veut les affecter à un but de bureaux : ce n'est pas admis. Les effets économiques ne sont pas contraires à la liberté économique. On veut juste maintenir la tradition de l'hôtellerie genevoise en place.

Pour l'arrêt *Mc Donald's*, on interdit l'implantation de fast-foods à moins de 200 mètres des écoles primaires et secondaires. Pour le TC neuchâtelois, c'est un objectif de santé publique (ne pas voir accourir les élèves au Mc Do pendant les pauses et donc qu'ils deviennent obèses) et aussi d'aménagement du territoire.

3.2. Par rapport à l'égalité de traitement

En matière économique, on parle de neutralité concurrentielle. Les motifs pouvant justifier une inégalité peuvent être économiques. Il faut procéder au cas par cas. Le TF a décidé dans l'ATF 121 I 129 (*Knecht*) comment est établi le rapport entre liberté économique et égalité de traitement :

- On ne peut établir de différences que s'il y a des motifs raisonnables et objectifs.
- Les mesures de politique sociale ou de police sont admises, par contre pas celles de politique économique.

3.3. Par rapport à la liberté personnelle

Cas : un candidat IMC au métier d'avocat peut-il être dispensé de l'examen nécessaire ? Pour le TF, la liberté personnelle a une portée secondaire, elle ne sert pas à avoir ce qu'on a pas pu obtenir et hélas on doit constater qu'il y a des métiers fermés aux handicapés. On ne peut pas contourner les exigences minimales de la profession. Arrêt *PJA 1996 p. 1037*.

3.4. Par rapport à la LMI

Cette loi date de 1995. Son objectif est de finaliser le marché intérieur suisse. Le principe de non-discrimination se manifeste par la reconnaissance du droit étranger (l'art. 2 LMI équivaut au principe du *Cassis de Dijon*).

Il y a des cantons où les prix de production sont plus bas. Il suffit de respecter les CCT du canton qui a les prix les plus bas pour être accepté sur un autre marché, cf. les haut-valaisans à Lausanne pour les constructions. Cette loi est discutable au point de vue des traités internationaux.

Les articles les plus importants de la LMI sont :

- l'art. 2, plus particulièrement son al. 4 : il établit la libre prestation de service au libre établissement en 2006. On reconnaît le droit du pays d'origine. On ne vérifie pas si les conditions du droit suisse sont remplies par le droit étranger.
- L'art. 3 impose des restrictions à la libre-circulation.
- L'art. 4 qui consacre la reconnaissance des CFC : tout canton doit reconnaître les CFC obtenu dans un autre canton.
- L'art. 5 : les marchés publics : pour tous les MP d'une certaine ampleur, il faut

organiser une mise en concurrence.

- L'art. 8 : la Commission de la concurrence veille au respect de la présente loi.
- L'art. 9 selon lequel les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être objet de décisions sujettes à recours auprès du Tribunal administratif.

Quelques cas de jurisprudence :

- L'arrêt « *marché de l'abbaye de Fleurier* » : un mécanisme systématiquement les mêmes candidats viole la LMI. Il aurait été plus judicieux de garder un certain nombre de places pour les exposants venant d'autres endroits que Fleurier.
- L'arrêt « *Lynedjian* » sera l'objet d'un tutorat après Pâques.

II. Le contenu

1. L'activité économique privée

1.1. La protection de l'activité privée

Seule l'activité privée est visée par la liberté économique. Cela peut être une activité principale ou accessoire, professionnelle ou occasionnelle (réf. à la définition de l'ORC et du CP càd le métier est défini comme le fait d'avoir la volonté et de s'organiser de telle manière qu'on puisse profiter de toutes les opportunités).

La fonction publique n'est pas protégée. Un service public n'est donc pas non plus assujetti à la liberté économique. La LCart protège les consommateurs contre les abus de position dominante. Selon l'art. 3 LCart, on limite le champ d'application du droit de la concurrence.

1.2. La protection de toute activité lucrative

L'art. 1 al. 3 LMI définit l'activité lucrative comme toute activité non-monopolisée ayant pour but un gain (notons que le droit économique suisse sert à s'enrichir).

Le but de l'activité doit être un gain, quelque soit le résultat (faillite comprise), mais les impôts ne peuvent pas être contestés, sauf s'ils ont un caractère confiscatoire.

1.3. La protection des personnes indépendantes et dépendantes

La liberté économique peut être invoquée par les travailleurs ou les indépendants (cf. arrêt *Delta Optik*).

2. Les diverses activités

2.1. Le libre choix de l'activité et de la profession

Choisir sa profession, c'est décider d'exercer ou non, c'est aussi la liberté de la forme d'exercice et la liberté d'accès à la profession.

2.2. La libre organisation

Cela concerne essentiellement la forme juridique de l'entreprise en question. On a le droit de choisir librement la forme d'organisation qu'on veut (raison individuelle, société simple, SA, Sàrl...). Les avocats commencent à virer en SA du fait de la pression de la prime d'assurance RC.

2.3. La libre publicité

L'activité économique privée nécessite de la publicité. Il y a donc un droit à l'accès à la publicité. Toutefois, les professions indépendantes interdisent la publicité, mais pas l'information (p.ex. affiche des avocats dans les trams genevois « *Les avocats vous défendent* »).

2.4. L'utilisation du domaine public

La liberté économique ne confère pas de droit à des prestations positives ! Toutefois, un privé a le droit d'invoquer l'art. 27 Cst si l'activité qu'il souhaite effectuer correspond à un usage conforme du domaine public.

Désormais, la neutralité de concurrence peut être réclamée : on a le droit d'invoquer la non-discrimination sur le domaine public : dans l'ATF « *Grande roue de St-Gall* » (SJ 2003 p. 150), le TF estime qu'une grande roue de 44 mètres de haut donne plus de sensations qu'une roue de 33 mètres de haut. Il n'y a donc pas de discrimination sur le domaine public. Par contre, à Genève, on a des générations de lois sur les taxis, ce qui permet d'invoquer la liberté économique et la non-discrimination sur le domaine public.

III. Les titulaires

1. Les personnes physiques et morales

Les hommes et femmes en bénéficient, les personnes morales aussi.

2. Les étrangers

La liberté économique n'est pas liée à la nationalité suisse selon l'art 95 al. 2 Cst féd. . Toutefois, les étrangers qui en bénéficient sont ceux qui sont au bénéfice d'un permis d'établissement. Il faut être stabilisé en Suisse. Dans l'ATF 123 I 19, un étranger se voit interdire une inscription au tableau des avocats stagiaires car il n'a qu'un permis de séjour.

Toutefois, l'art. 4 al. 3bis LMI dispose que le droit interne suisse force les cantons à respecter les accords internationaux. D'ailleurs, la LLCA a unifié les conditions d'accès à la profession d'avocat en instaurant des standards minimaux de reconnaissance.

3. Les personnes liées à l'Etat

Pour le cas des fonctionnaires, l'Etat a le droit de contrôler leur activité économique, par rapport à l'intérêt public. Ils sont toutefois titulaires de la liberté économique.

IV. Les restrictions

1. En général

1.1. Les critères et les catégories

1.2. Les fondements légaux

La liberté économique a quatre origines :

- La Cst fédérale.
- Les autres droits constitutionnels : p.ex. l'égalité de traitement.
- Le droit public administratif : p.ex. la LFAIE, la loi fribourgeoise sur les établissements publics et la danse, le règlement communal sur les marchés, le droit privé (p.ex. la réglementation étatique de la forme de l'activité commerciale).

1.3. L'admissibilité générale

Depuis l'ATF 97 I 499 a lieu un changement radical de jurisprudence : on différencie trois catégories de restrictions à la liberté économique :

- Les mesures de police : on lutte contre un danger.
- Les mesures de politique sociale : elles ont pour but de promouvoir le bien-être de la population.
- Les mesures de politique économique :
 - Conjoncturelles : ce sont des mesures étatiques pour passer les crises. Elles s'appliquent à toute l'économie.
 - Structurelles : elles concernent des branches d'activité ou des régions particulières en voulant favoriser leur développement.

Attention, les monopoles sont hors catégorie car ils sont la négation de la liberté économique. Ce ne sont pas des mesures de promotion économique visant à encourager ou soutenir une activité.

Chacune de ces restrictions est soumise au respect de chacune des ces trois conditions :

- Exigence d'une base légale
- Intérêt public
- Respect du principe de la proportionnalité.

2. Les mesures de police

Ces mesures préviennent des dangers et protègent les citoyens contre les dommages induits par la liberté économique. Il s'agit de défendre des biens de police tels que la moralité, la santé ou la bonne foi en affaires. cf. tableau n°25.

2.1. Les fondements légaux

En matière économique, la compétence est en principe cantonale. Selon l'art. 95 al. 1 Cst féd., la Confédération doit adopter une base légale formelle si elle désire faire une entrave à l'économie.

2.2. Les conditions de validité

Il faut :

- Une base légale existante. S'il n'y en a pas, elle manque. On peut éventuellement recourir à la clause générale de police mais il y a des conditions à respecter, cf. Le cours de droit cst en 1ère année. Il est rare qu'on n'ait pas de base légale.
- Sa nature doit être formelle si l'atteinte à la liberté est intense. Un règlement communal est une base légale formelle si elle est adoptée par le législatif communal (conseil général ou assemblée communale, attention la terminologie varie suivant le canton dans lequel on se trouve).
- Si c'est une base légale matérielle (p.ex. un arrêté du conseil d'Etat), il faut lire le règlement, sortir les éléments portant atteinte à la liberté économique (p.ex. nécessité d'une autorisation, l'autorisation étant la levée d'une interdiction générale, c'est donc une atteinte intense à un droit et alors une base légale formelle sera nécessaire).
- Un intérêt public : attention, il n'y a rien de plus évolutif que cette notion.
- Le respect du principe de la proportionnalité : en général le problème ne se pose jamais sur l'aptitude, le vrai enjeu est la nécessité, p.ex. on se demande s'il faut vraiment interdire la vente de certains produits pour limiter ou empêcher les empoisonnements. On doit regarder les alternatives possibles, p.ex. enregistrer les brokers d'assurances (courtiers indépendants) sur une liste de brokers reconnus par la Confédération. Pour cela, le TF se contente d'une appréciation abstraite de la chose : il suffit d'admettre que in abstracto, le problème peut survenir.

2.3. Les conditions matérielles

Il existe actuellement quatre instruments de contrôle d'une activité économique, combinés entre eux :

- Le statut et l'organisation de l'acteur : dans le statut, on définit le support juridique (société simple, SA etc...) : on vise l'activité et non pas l'acteur. C'est une approche fonctionnelle. On fixe des règles d'organisation (corporate governance, audit = contrôleur). Un contrôleur vérifie ce que fait chaque employé. Le whistleblower est quant à lui un dénonciateur protégé.
- Les exigences personnelles : la réputation est fondamentale et la réglementer n'est pas facile. On peut demander p.ex. un certificat de bonnes vie et moeurs : c'est un papier de la commune mentionnant l'absence de problèmes avec telle personne. Il s'agit de vérifier le sérieux d'un candidat à une activité. Dans certaines professions économiques tels les cafetiers on est particulièrement attentif à la réputation du candidat. Le droit administratif cherche donc à savoir s'il y a une garantie que les conditions seront respectées. Dans le même contexte, on peut noter que l'exigence d'un extrait du casier judiciaire a un bon rôle.
- Les conditions techniques : on vérifie les connaissances et l'expérience du candidat. On peut vérifier la seconde de ces deux notions par l'obligation de faire des stages mais pour la connaissance, plus de problèmes se posent. Le cas de l'échec définitif au brevet d'avocat donne lieu à de la jurisprudence... cf. divers ATF du polycopié. Il est rarissime que l'Etat vérifie tout lui-même. Cette tâche est souvent déléguée à des commissions ou des associations professionnelles, p.ex. pour les cafetiers. Un certificat fédéral de politique économique est contraire à la Constitution fédérale ! (Ex. : les cafetiers fribourgeois).
- Les exigences financières : dans toutes les lois, on vérifie si elles sont remplies. Le meilleur moyen est d'exiger un extrait du registre des poursuites de la part du candidat. Cela sert à ce qu'en cas de dommage, le client n'ait pas de problèmes. On exige une garantie financière. Celle-ci peut être de deux natures :
 - Interne : on garantit les problèmes par ses fonds propres. C'est ardu à gérer.
 - Externe : c'est ce qui en général se pratique pour les indépendants, il s'agit d'une assurance RC.

3. Les mesures de politique sociale

3.1. L'origine

Ce sont des mesures destinées à augmenter le bien-être de la population. Elles peuvent avoir un effet sur l'économie, mais ce n'est pas un objectif. Cet objectif peut faire croire qu'on est en politique économique, p.ex. interdire aux médecins de vendre des médicaments a pour but de maintenir des pharmacies dans un réseau dense.

Au Tessin, il y a une loi qui interdit d'adjuger un mandat à un entrepreneur qui ne respecte pas les CCT. Si on ne respecte pas cette convention, on peut être condamné. Pour obliger les entrepreneurs à adhérer à une CCT, il faut une base légale mais dans ce cas, on exige juste le respect d'un minimum donc c'est un objectif de politique sociale.

Quid de l'interdiction d'ouvrir des nouveaux cabinets médicaux ? C'est ambigu. Au moins, cela aurait pour but de freiner les coûts de la santé.

4. Les mesures de politique économique

4.1. Les fondements légaux

cf. tableau n°25 : les cantons ne font pas de politique économique. On veut par ces mesures réguler le fonctionnement du marché. Il faut une base constitutionnelle. En l'occurrence ce sera l'art. 94 al. 4 Cst féd. qui renvoie à d'autres dispositions constitutionnelles.

On applique souvent la clause du besoin : il faut prouver qu'il n'y a pas assez p.ex. de cafés dans un village. L'objectif de ce type de mesure est de limiter la concurrence et de garantir un revenu minimal à des catégories de gens.

L'interdiction pure et simple (p.ex. fermeture des frontières aux tomates espagnoles pour promouvoir la consommation de tomates suisses durant l'été) est moins utilisée.

4.2. Quelques exemples

L'art. 99 al. 2 Cst féd. dispose que la politique monétaire doit se faire dans les intérêts généraux du pays. Le symbole de la politique conjoncturelle est la LF sur le paradis économique en Suisse. Cette loi n'a jamais paru.

Dans les années 1970, on voulait éviter la spéculation sur le franc suisse. De ce fait, les personnes domiciliées à l'étranger et titulaires de comptes bancaires en Suisse se voyaient gratifiées d'un taux d'intérêt négatif sur leurs comptes : leur compte leur coûtait plus qu'il ne rapportait.

Le statut du lait : la Confédération rachetait le beurre invendu à cause de la surproduction et le revendait en Russie (ce beurre revenait toutefois dans d'autres pays d'Europe à un prix bien plus élevé que celui auquel Berne le vendait à Moscou...).

Il ne faut pas confondre les mesures de politique économique avec les mesures de promotion économique. Voici quelques exemples de ces dernières :

- la LF sur la GRE (garantie des risques à l'exportation). Il s'agit de mettre en place une garantie financière aux entreprises qui exportent de la marchandise.
- L'arrêté Bonny ou l'arrêté fédéral du 6 octobre 1995 en faveur des zones économiques en redéploiement est destiné à soutenir le développement des régions qui rencontrent des difficultés économiques en accordant des aides directes à des projets d'innovation et de diversification d'entreprises privées¹.
- La LF sur l'aide à l'investissement dans les régions de montagne (LIM).

¹ http://www.admin.ch/cp/f/41a4425d_3@fwsrvvg.html

§ 3 Le monopole et la concession

Avant tout, il est important de savoir que la Suisse a construit une partie de son succès sur les concessions alpines, p.ex. barrages.

I. Le monopole

1. Concept, terminologie et fondement économique

Un monopole, c'est l'exercice exclusif d'une activité économique par l'Etat. Il y a une situation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Un monopole a des effets à moyen terme, ce qui mène à une baisse de production, d'investissement et a tendance à pousser les prix le plus haut possible. Pour le juriste, le monopole le préoccupe ainsi : est-ce normal que l'Etat se réserve une activité ? Peut-il la céder à un tiers ?

Il y a un cercle d'activités économiques où on ne conteste plus la diversité. Mais il y a d'autres activités qu'il serait inconcevable de confier à des privés (affaires étrangères, armée p. ex.). De plus en plus de tâches de police sont déléguées à des privés, l'armée aussi dans certains pays.

2. Les types

2.1. Les monopoles de droit

C'est une exclusivité qui repose sur des moyens juridiques :

- Soit on le dit dans une loi : seul l'Etat peut faire cela.
- Soit on dit aux administrés qu'ils doivent aller « se servir » à l'Etat.

Quelques exemples :

- monopoles de la poudre : RUAG à Thoun.
- réseaux électriques : seules certaines sociétés étatiques ont le droit d'installer des réseaux, p.ex. Groupe E.
- Les assurances : l'assurance scolaire obligatoire : tout parent devrait conclure une assurance obligatoire : ce n'est pas contraire à la liberté constitutionnelle et le canton estimait que cette assurance devait être centralisée.

2.2. Les monopoles de fait

Ils résultent de circonstances extra-juridiques de fait (techniques ou économiques), p.ex. marché de la distribution scolaire d'ordinateurs (l'Etat distribue des ordinateurs à demi-prix, ce qui est inatteignable par les concurrents). Un autre exemple : la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité, de la télévision par câble : l'Etat refuse l'accès aux consommateurs aux concurrents.

2.3. Les fondements constitutionnels

Ce texte légal (monopole) doit être dans la Cst féd. . p.ex. 92 Cst (poste), 93 Cst (radio-TV), 99 Cst (banque nationale).

Pour les cantons, à 94 al. 4 i.f., les régales cantonales sont réservées, p.ex. celles de :

- la distribution du sel.
- La chasse (arrêt Guerino Gallioni) : ici, le monopole permet une inégalité de traitement.
- La régale des mines.
- La régale des forces hydrauliques : c'est le seul moyen de produire de l'électricité à la demande (p.ex. à midi, aux départs cadencés des trains). C'est très lucratif. C'est un monopole de droit de l'Etat dans le canton de Fribourg.

3. Les conditions de validité

3.1. La légalité

Cela ne vaut que pour les monopoles de droit. Il existe un droit de la concurrence, des obligations de mise en concours de places de monopoles. La légalité est assouplie. Le principe doit figurer dans une base légale formelle, le reste dans une base légale matérielle.

3.2. L'intérêt public

Un monopole doit être justifié par un intérêt public prépondérant, sinon on dira que c'est un monopole fiscal (ça vient de l'ancienne théorie du fisc selon laquelle l'Etat n'est qu'un patrimoine et il faut combattre ce patrimoine). L'intérêt public consiste à vérifier si le service obligatoire est utile au bien-être de la population.

Pour le monopole du ramonage, on veut éviter les incendies. La condition énoncée précédemment est donc remplie.

Pour celui de l'assurance des bâtiments (ECAB) à Fribourg, on a l'obligation de s'assurer et à l'ECAB (intérêt public) avec la concurrence, la qualité risque de baisser : on veut avoir un standard d'assurance.

Il existe aussi un monopole de l'importation des plants de vigne, un monopole de l'affichage (SGA) qui répond à un intérêt public : il ne faut pas avoir des affiches n'importe où, cf. ATF 132 I 282 consid. 3. On a introduit en Suisse pour l'électricité la LApEI, qui crée un concept de l'« unbundling » (on distingue la production, la fourniture (mise en réseau, alimentation), la distribution (le réseau), l'alimentation (le commerçant du coin en électricité). La LapEI n'impose pas la concurrence, on a placé les lignes à haute tension dans une société (Swissgrid) qui a un monopole.

3.3. La proportionnalité

C'est une notion administrative de base. Cette exigence s'applique au monopole de droit et de fait. Il faudra examiner l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

3.4. L'égalité

Les usagers doivent être traités de manière égale entre eux. Un monopole implique des obligations à respecter ! L'octroi de la concession doit respecter l'égalité de traitement : confier, déléguer sont des activités de concession. Tous les candidats à cette concession doivent être traités de manière égale.

4. La privatisation et les formes de partenariat Etat-Particuliers

La privatisation regroupe toutes les formes d'exercice d'activité économique exercées par des privés. Cela peut être défini comme l'ensemble des processus de transfert d'activité étatique vers le secteur privé.

On doit déterminer avant tout le statut juridique de l'entité concernée, p.ex. SI de Bulle : on les a privatisés. Plusieurs questions se posent :

- De quelle sorte de société s'agit-il ?
- Quelles sont les conséquences fiscales de ce changement ?
- Quel sera le statut des employés ? La privatisation implique des contrats de travail de droit privé.
- Quelle sera la relation juridique entre l'entité privatisée et l'utilisateur ? Au point de vue de la LP, c'est clairement différent.
- Pour la responsabilité, cela change aussi : quand l'entité est publique, c'est la responsabilité de l'Etat qui est engagée. Quand elle est privée, c'est le juge civil qui est saisi par contre.

4.1. L'administration décentralisée

On distingue entre les établissements (masses de biens) et les corporations (groupements de personnes) et à chaque fois entre la réglementation de droit public ou de droit privé, cf. tableau n°21.

4.2. Les personnes morales de droit public

Le tableau n°22 liste les formes à disposition de l'Etat qui veut privatiser. Il distingue entre les formes de droit public et celles de droit privé : nous allons d'abord voir celles de droit public.

- Le service décentralisé de l'administration : quand on décentralise, on introduit une comptabilité séparée afin d'éviter que des pertes soient masquées par des bénéfices.

- L'établissement : c'est une masse de biens qui peut être avec ou sans personnalité morale.
- La SA de droit public : on crée une loi qui dit que p.ex. la poste est une SA au sens de la loi. C'est la loi qui dit comment la SA fonctionne, p.ex. la loi sur la BNS. Cette banque appartient en grande partie aux cantons.
- La société coopérative de droit public a des statuts qui viennent de la loi.

4.3. Les personnes morales de droit privé

- La SA (620ss CO) dans le cas de laquelle on décide que l'entier du capital est en mains de l'Etat.
- La société d'économie mixte : il y a deux situations :
 - Celle dans laquelle l'Etat a une participation majoritaire mais cède une partie du capital-actions. Le modèle est Swisscom (LETC).
 - L'Etat renonce à sa majorité mais garde le pouvoir au Conseil d'administration. C'est autorisé par 762 CO. L'Etat peut inscrire dans les statuts qu'il a une majorité au CdA. C'est une manière de faire participer les gens à cette SA.
- La SA avec une participation étatique minoritaire.
- La SA entièrement en mains privées : l'Etat se retire totalement d'un marché et gagne le prix de la vente de la SA.

II. La concession

C'est la suite logique d'un monopole. C'est un acte administratif mixte contenant des éléments de contrat et des éléments de décision.

1. Concept et nature juridique

1.1. La notion

C'est un acte administratif par lequel une collectivité publique (le concédant) attribue à une personne physique ou morale (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité avec une certaine indépendance. P.ex. pour les rives du lac de Morat on a un double système de concession : le lac est propriété du canton de Fribourg qui octroie une concession à la commune de Morat qui octroie une concession au camping local pour les places d'amarrage et les bouées.

1.2. Les types

Il y a des concessions de monopole qui sont 9 fois sur 10 de service public (p.ex. les taxis). Elles ont pour but de permettre l'usage d'un bien et d'un service que l'Etat ne peut pas faire par lui-même. D'autres concessions sont celles d'arbitrage : elles ont pour objectif d'attribuer un avantage exclusif que l'Etat possède, p.ex. le permis de conduire. La concession est donc un moyen d'arbitrage entre offre et demande, p.ex. pour l'usage du domaine public (le marché du mercredi matin est soumis à concession, idem pour les

chaines de radio et de TV car le nombre de canaux disponibles est limité).

1.3. La nature

C'est un acte administratif. Il peut être unilatéral ou bilatéral. Quand il est unilatéral, l'Etat décide ce qu'il met dans cet acte. Quand il est bilatéral, le concessionnaire a aussi un pouvoir de décision.

C'est aussi un acte administratif mixte : il comporte des clauses unilatérales qui expriment en fait ce que la loi impose aux concessionnaires. En cas de problème, on applique le système de la révocation. Pour les clauses bilatérales, les deux parties doivent arriver à un accord pour modifier les clauses (théorie de la *clausula rebus sic stantibus*). En pratique, en cas de litige, le juge qualifie d'abord la clause litigieuse.

Le vrai critère de distinction est l'intérêt en jeu : les clauses définissant les prestations à fournir sont unilatérales car elles répondent à un intérêt public. Par contre, celles concernant la durée de la concession sont objets de négociation, donc bilatérales. Les droits du concessionnaire sont dans des clauses bilatérales, p.ex. les modalités d'usage du domaine public par le train bleu touristique de Fribourg.

1.4. L'octroi de la concession

Avant tout, il faut dire que l'Etat ne peut pas se concéder quelque chose à lui-même. Il est en outre nécessaire de faire deux remarques :

- peu importe le contenu du droit, il n'a pas d'influence sur la nature juridique de la concession.
- Il y a des obligations d'exercer la concession (p.ex. celle de service public) avec un délai pour commencer. Il existe aussi une obligation de payer des redevances (taxes) de plusieurs sortes : c'est par cela que l'Etat participe au chiffre d'affaires : il prélève un pourcentage (p.ex. la redevance hydraulique). Le principe d'équilibre exige de considérer les redevances du concessionnaire et de voir s'il arrive à survivre économiquement pour éviter qu'il se décourage et arrête d'exploiter sa concession, cf. art. 42 LFH.

La procédure d'octroi est administrative donc assujettie au CPJA ou à la PA. Les principes de l'activité administrative sont donc applicables.

1.5. Les rapports juridiques

Entre le concédant et le concessionnaire, c'est du droit public. Entre le concessionnaire et les usagers, c'est du droit privé sauf quand le concessionnaire exerce sa puissance publique (p.ex. expropriation ou expulsion d'un passager d'un train). Le fait de faire payer une facture n'est pas un acte de puissance publique.

Entre le concessionnaire et son personnel, c'est du droit privé.

Entre le concédant et les usagers, il n'y a pas de rapport. L'utilisateur peut seulement se plaindre, p.ex. selon l'art. 112 CPJA.

2. Le régime

2.1. Les droits et obligations des concessionnaires

Il existe un droit du concessionnaire d'exproprier autrui, p.ex. pour installer des pylônes de télécabine. Il existe aussi un droit d'utiliser le domaine public, p.ex. l'art. 35 LTC pour les antennes de natel installées sur le domaine public

2.2. Les droits acquis

Ces droits sont irrévocables et résistent à la loi. C'est la valeur patrimoniale du droit qui est protégée. Les droits acquis peuvent naître :

- par la loi
- par une décision administrative
- par un contrat : c'est le cas pour les concessions. Le résultat de la négociation crée un droit acquis. En droit de l'environnement, on doit respecter des débits minimaux dans les rivières

On peut protéger un droit acquis en invoquant un droit fondamental, p.ex. la garantie de la propriété. De plus en plus, la loi régit les droits acquis et leur restriction, p.ex. l'art. 43 al. 2 LFH qui dispose que « Une fois concédé, le droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint sauf pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité. ».

2.3. La cession de la concession

L'Etat a l'obligation de choisir le meilleur concessionnaire : la cession d'une concession est possible mais elle exige l'accord préalable du concédant.

2.4. La fin et le renouvellement de la concession

Il y a plusieurs moyens de terminer une concession : l'écoulement du temps, la renonciation, la déchéance (caducité ou péremption), le rachat (droit pour le concédant de dire après un certain temps qu'il reprend son droit).

À la fin de la concession, on hésite entre la prolongation et le renouvellement. Il y a prolongation lorsque c'est prévu dans la concession. C'est le même concessionnaire qui continue alors les droits acquis subsistent.

En cas de renouvellement de la concession, si une installation selon le droit de l'environnement est en jeu, on estime que l'installation sera à considérer comme nouvelle et donc il faudra respecter les valeurs de planification.

Au bout de la concession, il y a le droit de retour. De par la loi, la propriété de l'installation revient au concédant. En pratique, les collectivités publiques renoncent à leur droit de retour contre de l'argent versé par le concessionnaire (indemnisation), ce qui fait qu'en Suisse, beaucoup de communes alpines sont très aisées.

§ 4. Le financement de l'Etat

I. Les obligations financières des administrés : les redevances

Avant tout, il est nécessaire de dire que l'Etat se finance de trois manières différentes :

- par les impôts
- par les emprunts à des particuliers p.ex.
- par les redevances qui sont des obligations financières des administrés

1. Le tableau général

Quand on est face à une redevance, pour déterminer le régime juridique qui s'applique et les conditions de validité de la redevance, la première étape consiste à la qualifier. cf. tableau n° 26. La première distinction est celle entre les redevances causales, qui ont une justification et les redevances non-causales, qui sont dues sans raison.

De l'autre côté du tableau, nous avons les redevances causales, qui se décomposent en taxes, contributions (charges de préférence) et une autre catégorie.

2. Les conditions générales de validité

Il y en a cinq : la légalité, la proportionnalité, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire et la causalité.

- La légalité : on exige une base légale formelle mais pas constitutionnelle car ce n'est pas un impôt.
 - Pour certaines taxes, le TF a instauré un régime de légalité assouplie : aucune base légale n'est nécessaire pour les émoluments de chancellerie.
 - Lorsque le citoyen a la possibilité de contrôler la proportionnalité de la taxe en cause, on ferme les yeux sur la légalité et le débat ira sur la proportionnalité.
 - Lorsque la taxe résulte de l'addition d'éléments techniques, on est moins sévère au point de vue de la légalité.
- La proportionnalité se lit autrement dans ce cas. On parle de principes de la couverture des frais et de l'équivalence.
 - La couverture des frais : l'Etat ne peut pas s'enrichir à travers les taxes qu'il perçoit. On distingue entre les coûts variables (postes évoluant en fonction de la prestation) et les frais fixes (ils existent même quand on ne fait rien). Il est rarissime que ce principe ne soit pas respecté. En général, l'administré est gagnant.

- L'équivalence : la redevance contestée ne doit pas être grossièrement disproportionnée. On veut interdire les disproportions évidentes. Les tribunaux admettent des tarifications (on se base p.ex. sur la valeur ECAB d'un bâtiment ou alors sur le nombre de m² habitables d'un bâtiment ou sur le cubage SIA).
- L'égalité de traitement : il est possible d'établir des différences entre administrés : elles doivent être justifiées et reposer sur des motifs sérieux et raisonnables, p.ex. paiement d'impôts.
- L'interdiction de l'arbitraire : on ne doit pas arriver à un résultat choquant au point de vue de l'équité : il n'est pas possible de justifier un cubage SIA poussé à son extrême. Cas : un industriel construit une halle de stockage dans un village à forte concentration paysanne. Sa halle est bien plus grande qu'une ferme mais n'utilise que très peu d'eau (2 WC et 2 lavabos, ce qui fait de toute façon moins que la consommation d'eau d'une ferme). Il est taxé sur le volume SIA de sa halle, ce qui fait qu'il paie une taxe de raccordement nettement supérieure que les paysans. Ça ne va pas.
- La causalité : cette exigence se retrouve aux art. 2 LPE, 3a LEaux p.ex. . Celui qui provoque les coûts doit les payer. On doit tenir compte de l'origine des ces coûts quand on a des taxes pour l'épuration des eaux et le ramassage des déchets. Cas : ATF 125 p. 39 photocopié : le TF estime que lorsqu'une taxe annuelle d'évacuation des eaux couvre à la fois la construction des canalisations et leur entretien, elle ne devrait pas être fondée sur la seule valeur d'assurance-incendie de l'immeuble. Sa base de calcul devrait également inclure la consommation effectuée dans l'immeuble.

3. Les impôts

Les redevances non-causales consistent en les impôts. Ils peuvent être de trois catégories :

- Les impôts généraux : n'ont pas d'affectation : ils ne sont pas destinés à qqch de particulier. L'Etat peut les investir comme il le veut.
- Les impôts spéciaux ou spécifiques sont prélevés pour un objectif particulier (p.ex. l'impôt fédéral direct).
- Les impôts mixtes qui contiennent une dimension causale et une dimension non-causale (p.ex. l'impôt sur les chiens).

4. Les taxes

4.1. La notion

Ce sont des obligations financières à la charge de l'administré, toujours pécuniaires et périodiques ou uniques dues à la collectivité en échange d'une prestation.

4.2. Les espèces

Les taxes peuvent être :

- de chancellerie : elles sont dues pour de simples actes administratifs (p.ex. délivrance d'un passeport biométrique). Ce n'est pas vraiment une prestation au sens matériel.
- D'administration : elles sont dues pour des activités administratives, p.ex. des autorisations (permis de conduire) ou des régales (monopoles cantonaux quand on obtient une concession).
- D'utilisation : la prestation est technique dans ce cas, elle peut être de plusieurs natures différentes :
 - de raccordement (19 LAT) : c'est très cher et bien combattu juridiquement.
 - D'utilisation du domaine public : une commune peut assujettir cette autorisation à une concession et à une taxe.

4.3. Les conditions traditionnelles de validité

Pour la légalité, c'est assoupli : on peut remplacer la base légale formelle par le principe de la couverture des frais et celui de l'équivalence.

Il est possible de déterminer un périmètre de contribution à deux niveaux : p.ex. plus on est près d'une route projetée, plus on paie cher. Pour cela, on rend une décision administrative de taxation qui est sujette à recours.

4.4. La causalité

5. Les contributions (charges de préférence)

5.1. La notion

Ce sont des redevances à la charge d'administrés lorsque des infrastructures publiques leur procurent un avantage particulier. Les administrés devant payer cette redevance sont déterminés (c'est un groupe de citoyens limité) et ils ont un avantage individuel à l'usage de la structure en cause.

La taxe est due pour des raisons de contre-prestation. Il ne serait pas normal que l'infrastructure soit payée par tout le monde alors que seulement quelques-uns en profitent.

Attention, si la redevance est due par tout le monde mais versée à un but particulier, c'est un impôt d'affectation, mais si on arrive à isoler un avantage individuel pour un groupe de personnes déterminées, ce sera considéré comme une contribution. cf. Arrêt SJ 2004 I 247.

Faisons une différence entre la taxe de raccordement et la contribution de raccordement :

en aménagement du territoire, l'équipement de base selon 19 LAT ne va pas forcément jusqu'à l'entrée de la maison. Pour les derniers mètres, on paie une taxe double (de raccordement, en ‰ de la valeur de la maison ou en % du cubage SIA). En plus, on paie le service d'épuration (taxe d'épuration). Le fait d'être raccordé directement devant chez soi nous procure un avantage économique, traduit par la plus-value de notre bien immobilier.

5.2. Les conditions de validité

cf. l'ATF Faes contre Argovie : selon le TF, on a pas besoin de base légale formelle pour les émoluments de chancellerie. Un émolument de 2 fr. par photocopie reste modique, mais 1 fr. serait plus raisonnable. De plus, le TF rappelle que pour appliquer le principe de couverture des frais, on doit tenir compte de tous les frais en présence.

Dans le cas des contributions, on exige toujours le respect du principe de la légalité. Il faut toujours une base légale formelle.

Pour le principe de la couverture des frais, il y a en pratique les contributions dépendantes des coûts : on ne peut en général pas s'enrichir avec une contribution. Pour les contributions indépendantes des coûts, ce sont des montants qu'on demande aux citoyens de payer quand ils bénéficient d'un privilège. Dans ce genre de contributions, le principe de la couverture des frais ne s'applique pas.

Pour le principe de l'équivalence, il s'applique mais le TF se contente d'une approximation. On ne va pas vérifier si p.ex. une entreprise a subi une augmentation de son chiffre d'affaires grâce à l'avantage octroyé.

Quant au principe de causalité, il n'est pas applicable.

6. Les autres redevances

On distingue encore comme autres taxes :

- les redevances causales d'orientation ou taxes d'orientation qui sont des montants à payer par les citoyens dans l'idée d'orienter leur comportement. Ça s'est fortement développé dans le domaine environnemental, p.ex. la taxe sur les huiles extra-légères de chauffage). Ces taxes d'orientation finissent dans notre portefeuille en partie, p.ex. déduction sur la prime d'assurance-maladie.
- Les taxes de remplacement qui sont prélevées quand on dispense qqun d'une obligation étatique (p.ex. taxe militaire ou taxe non-pompier).

§ 6 Le domaine public

I. Généralités

Quand on a une situation juridique, il faut bien identifier le bien sur lequel porte l'état de

fait. Le tableau n°31 représente l'ensemble des choses soustraites au droit privé.

Dans les choses soustraites au droit privé, il y a les choses hors commerce (6 CC) : p.ex. les drogues : les règles de la propriété ne s'appliquent pas à ce genre de choses. Il y a aussi les choses du patrimoine religieux pour lesquelles le droit privé ne s'applique pas. Il y a aussi des aspects civils pour lesquelles les lois relatives s'appliquent.

Il y a à côté de cela le domaine public : ce sont des biens qui appartiennent à l'Etat. Ce dernier a toutefois aussi du domaine privé (patrimoine financier). Il est donc pour ces biens assujetti au droit privé. Attention, la délimitation entre patrimoine public et privé n'est pas facile à faire. L'Etat possède quantité de titres, actions et obligations : c'est clairement du patrimoine financier.

1. Les notions

Dans le domaine public, on distingue le DP au sens étroit et le patrimoine administratif.

1.1. Le domaine public au sens large

Le DP au sens large englobe le DP au sens étroit et le patrimoine administratif. Ce dernier est l'ensemble des biens que l'Etat utilise pour fonctionner, il comprend entre autres :

- les bâtiments administratifs dans lesquels il y a des fonctionnaires.
- Les immeubles des services publics, essentiellement les bâtiments scolaires et les bâtiments des hôpitaux. On les utilise car on ne peut pas faire autrement.

Le patrimoine administratif fait peu souvent jurisprudence.

1.2. Le domaine public au sens étroit

Ce sont des choses dans l'usage commun : c'est l'ensemble des biens qui appartiennent à l'Etat, soit par nature (tous les éléments de la planète qui la constituent), soit par affectation (p.ex. les routes, les places). Dans ce dernier cas, le domaine public est en quelque sorte confié à l'Etat. C'est essentiellement dans ce cas qu'on a des litiges.

2. La constitution et la suppression

2.1. La compétence

Pour savoir qui est compétent, il faut lire la loi. Il y a des cantons qui ont des lois sur le domaine public, p.ex. Genève, Neuchâtel ou Fribourg. Ce n'est pas une compétence fédérale. On a des réserves selon l'art. 6 al. 1 CC.

La deuxième source consiste en les lois institutionnelles sur les collectivités elles-mêmes car la gestion des biens de l'Etat incombe au gouvernement.

2.2. L'acquisition

Cela arrive lorsque l'Etat achète un bien, p.ex. il achète la Tour-Henri et la détruit pour y construire le nouveau bâtiment de la faculté de droit.

2.3. La perte

Comment fait-on pour supprimer la qualité du domaine public ? Le domaine public ne peut jamais être vendu. Si on veut néanmoins le vendre, il faut le transférer dans le patrimoine financier de l'Etat d'abord par une procédure de désaffectation, sujette à recours.

II. Le régime juridique

Pour le surplus (gestion du domaine public), c'est uniquement le droit public qui s'applique. La jurisprudence a développé trois cas d'usage du domaine public, que nous allons voir tout de suite.

1. Les sources et les compétences

On applique que le droit cantonal, à savoir les lois cantonales sur le domaine public. Elles s'appliquent à tout le domaine public (terre et eaux). Elles régissent le domaine public cantonal et communal encadré.

2. Le régime de droit public

On a une théorie dualiste : on mélange des règles de droit public avec d'autres de droit privé. Le droit public s'applique en grande majorité dans le domaine public et régit trois choses :

- l'usage du domaine public.
- Les redevances qu'il faut payer pour l'utiliser.
- La protection du domaine public contre les agressions extérieures.

3. Le régime de droit privé

Lorsque la collectivité concernée exerce un droit de nature privée sur le domaine public, on applique le droit privé. Il est par exemple possible de constituer des droits réels limités, p.ex. un droit de superficie pour un stade (c'est un PPP public-private-partnership).

2^e exemple : la responsabilité. Si, sur le DP, l'Etat fait une route et qu'en hiver elle gèle, l'assurance d'un accidenté éventuel pourrait se retourner contre l'Etat selon 58 CO.

III. L'utilisation du domaine public au sens étroit

La doctrine suisse unanime et la jurisprudence distinguent entre trois usages du DP :

l'usage commun, l'usage accru et l'usage privatif.

1. L'usage commun

L'usage commun est le type d'utilisation du DP par M. et Mme Tout le monde, de manière ordinaire et sans que cela se remarque effectivement. Cet usage n'a pas d'impact sur le comportement des citoyens, p.ex. on se baigne dans le lac, on marche sur le trottoir à la rue de l'Hôpital.

2. L'usage commun accru

L'usage accru du DP devient plus intensif, p.ex. on va dans le lac pour faire du ski nautique ou du wakeboard, on prend un peu d'eau dans le lac pour arroser ses plantations. Il n'y a pas d'intervention de modification du DP. L'usage accru est temporaire et pose des problèmes d'arbitrage, ex. : jurisprudence sur les taxes de parcage : pendant des décennies, on a estimé que se parquer au bord de la route était de l'usage commun du DP. Maintenant, on a plutôt tendance à considérer cela comme de l'usage accru en ce sens que la taxe parcomètre est une taxe de mise à disposition d'une place de parc pour un temps limité.

Un autre exemple : manifestation du GSSA à St-Gall et distribution de tracts par ce même groupuscule. On considère cela comme de l'usage accru du DP. On rappelle qu'il n'y a pas de DP fédéral, mais uniquement du DP cantonal ou communal. Le droit cantonal s'applique donc. En zone piétonne, il y a peu de risque que la table du GSSA perturbe le « fonctionnement » du quartier. On veut éviter que les règles sur le DP perturbent la circulation publique (TF 1C_434/2008).

3. L'usage privatif

L'usage privatif du DP consiste à occuper le DP à l'exclusion de tout tiers, p.ex. cabane à glaces à la place Python. Il est en outre durable et en principe, il y a non-conformité avec la destination de la chose, p.ex. on implante un parking souterrain sous l'université. On dénature donc le sol de sa fonction première.

Le train bleu touristique de Fribourg est aussi un cas d'usage privatif du DP. Une concession est donc nécessaire.

Ex. : la pose de caissettes à journaux est un cas d'usage accru du DP et non exclusif.

Un autre exemple : ATF du 22 décembre 2009 : on se demande à qui appartient une grande place. Selon le droit genevois, le DP doit être enregistré tel quel au registre foncier. On croit que c'est du droit privé, mais c'est du DP car les gens utilisent cette place comme du DP. On parle là de DP par assimilation.

Le DP est libre et gratuit dans l'usage commun. Peut-on assujettir cet usage commun à autorisation ? Oui, s'il y a des motifs de police, p.ex. lorsque de la glace tombe du toit des

immeubles sur le DP, on peut assujettir la descente de la rue concernée à autorisation même sans base légale.

L'usage accru est assujetti à autorisation, possible même sans base légale. En plus, il faut payer une taxe d'utilisation du DP car on en tire un avantage dans ce cas.

L'usage privatif du DP exige toujours un acte administratif car c'est presque la négation du DP. L'objectif de cela est d'arbitrer la concurrence : on doit trouver le meilleur candidat : c'est une mise en concession.

§ 8 Les marchés publics

I. Généralités

1. Le contexte

En Suisse, on pratique le système de la dissociation entre le droit public (procédure d'adjudication) et le droit privé du contrat. En français, on dit que c'est une procédure de marché.

On distinguera la commande du contrat. Une procédure de marché public (MP) met face à face l'adjudicateur (l'Etat) et les soumissionnaires. À la fin de la procédure, un seul d'entre eux est choisi. Les autres sont évincés. Le gagnant est appelé adjudicataire.

Cette procédure s'articule en plusieurs phases :

- l'appel d'offres
- les offres
- l'évaluation
- l'adjudication

2. Les « marchés publics »

Il faut bien faire attention à ce qu'en droit privé, il y a l'offre et l'acceptation venant en sens inverse. En droit public, on a la mise en concurrence et le contrat ensuite. L'adjudication n'est que l'issue de la procédure. L'offre n'en est pas une selon le CO car c'est une offre de droit public. On dissocie bien l'offre et le contrat.

La procédure d'offre publique est constituée d'un appel d'offres, d'une offre et d'une adjudication. Cette dernière ne vaut pas acceptation contractuelle ! Elle doit être comprise comme une sorte d'autorisation permettant de conclure un contrat avec une telle entreprise. Il n'y a toutefois pas d'obligation de contracter. L'adjudicataire peut renoncer au contrat.

II. Les bases légales

cf. schéma n° 27 : on a du droit à tous les niveaux. On sépare communes et cantons d'une part et Confédération d'autre part. Une exception à cette séparation est la LMI. C'est une ingérence ponctuelle du droit fédéral dans les cantons.

Le droit international est constitué de conventions. Le droit européen des MP énonce des droits fondamentaux ainsi que les quatre libertés fondamentales.

Il y a aussi des directives européennes sur les MP : en effet, la Suisse a copié le droit européen pour les MP. Ce droit européen dont on s'est inspiré vient de France car là-bas le secteur public était gigantesque (la moitié de l'économie appartenait à l'Etat). Le droit européen est aussi important on a des accords bilatéraux. Le coeur du droit international est l'AMP (appelé aussi accord de Marrakech). Cet accord de l'OMC est en révision, mais à cause de la récente crise financière on est poussé à supprimer les MP.

Les pays concernés doivent ratifier les annexes à l'accord pour dire quelle partie de l'économie est ouverte et à partir de quel montant. Il s'agit de l'ouverture des marchés nationaux et c'est là qu'on négocie le plus. L'AELE, quant à elle, existe encore mais il faut la mettre de côté car elle n'est plus d'actualité.

Pour les biens de la Confédération, la LMP et l'OMP s'appliquent, sauf les exceptions du chapitre 3 de l'OMP ! Pour moins de 10 mio, l'accord OMC ne s'applique pas. On est dans un cas d' « autres marchés ». Il n'y a pas de recours possible.

S'il s'agit de marchés cantonaux, le droit qui s'applique sera le droit cantonal. On devra donc se référer à la loi cantonale sur les MP et au règlement cantonal sur les MP. Il existe aussi un concordat (l'AIMP). Ce concordat a un grand rôle en pratique car c'est un instrument d'unification progressive.

III. Le champ d'application

Au début, personne ne savait comment marchaient les MP. On doit se référer au schéma n°28.

1. Les conditions préalables

- Première condition préalable : a-t-on un marché ? Dans 99% des cas, c'est simple. Il faut un échange synallagmatique entre l'adjudicateur et l'adjudicataire ainsi qu'une rémunération (à titre onéreux) car le but des MP est d'utiliser les deniers publics parcimonieusement. Le mécénat n'est pas assujetti aux MP.

Cas : l'Etat veut acheter un ancien couvent pour y installer un tribunal. C'est un marché, mais dans les annexes à l'OMP il y a un art. qui dit que le droit des MP ne s'applique pas à cette situation.

La rémunération peut en être une en nature : p.ex. offrir les travaux mais faire de la pub sur les murs des bâtiments.

Les concessions sont à distinguer des MP en cela : on construit un pont et celui-ci est exploité par des entreprises en consortium (BOT). Ces consortiums émettent des actions ou des obligations achetés par le public (p.ex. Eurotunnel). Ces concessions ne sont pas soumises aux MP. En Suisse, en général on finance les gros ouvrages (NLFA p.ex.) par les impôts. C'est plus transparent.

- Deuxième condition préalable : la loi est-elle en vigueur pour ce marché ?

Cas : un canton a lancé un concours pour la construction d'un hôpital. À la sixième étape de la construction, il n'y a plus d'argent. Un nouveau Conseil d'Etat entre en fonction et enterre le projet. Quelques années après, on ressort le dossier du tiroir : l'adjudicataire de 1982 se manifeste, mais on est en 1996 et le droit des MP est en vigueur. Question : le droit des MP s'applique-t-il aux états de fait antérieurs à son entrée en vigueur ? Il y a du droit transitoire en la matière. La vraie solution est que si en 1982, il y a eu une décision d'adjudication, l'Etat a le droit de contracter avec l'adjudicataire de 1982.

Autre cas : une école intercommunale doit être agrandie. Est-ce que si on a adjudgé le 1er étage, on a aussi adjudgé le 2e ? Normalement, l'architecte qui a conçu le 1er ne peut pas dire qu'il n'y a que lui qui peut faire le 2e.

- Troisième condition préalable : quelle est la loi à appliquer ?

Normalement, c'est l'adjudicateur qui détermine le droit applicable, p.ex. train CEVA de Genève : il y a eu une procédure de MP, mais selon l'art. 2c OMP le droit applicable est déterminé par l'adjudicateur prépondérant.

2e cas : la clinique bernoise de Montana (VS). cf. 8 AIMP pour le for de recours.

- Quatrième condition : y'a-t-il un assujettissement spontané ?

Cas : un mécène offre 1 million à une paroisse. On va changer les vitraux de l'Eglise. Est-on concerné par les MP ? Selon le TF, on ne peut pas forcer un tribunal à être compétent pour un recours si une loi ne le prévoit pas !

2. Les conditions légales

Première condition légale : quel est le pouvoir adjudicateur et est-il soumis au droit des MP ?

Il y a trois types de situations :

- les collectivités publiques : p.ex. l'armée, les cantons etc...
- l'administration décentralisée : ensemble d'entités faisant partie de l'Etat : p.ex. hôpital cantonal, université.
- Les organismes publics et les entreprises publiques : il s'agit d'entreprises dans lesquelles l'Etat a un pouvoir prépondérant. Les organismes publics, quant à eux, sont des personnes morales (de droit privé ou de droit public) dans lesquelles l'Etat

- a un rôle prépondérant et cet organisme a été consacré dans un but d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial. Si c'est le cas, le droit des MP s'applique.
- Il y a encore un quatrième cas de figure : celui dans lequel le droit des MP va s'appliquer quand même car le projet est subventionné. La concession est bientôt échue. Le Conseil d'Etat prend un arrêté pour rénover le bien. On fonde alors une SA appartenant à l'Etat. On ne sait pas si les sociétés de remontées mécaniques sont soumises aux MP, mais en principe oui si l'argent étatique est majoritaire (8 AIMP).

Deuxième condition légale : quel type de marché a-t-on ? Il en existe trois.

- Les marchés de fournitures : ils portent sur l'acquisition de biens mobiliers, p.ex. une commune achète des ordinateurs. Tous les biens mobiliers sont soumis au droit des MP. La seule restriction est la liste de biens militaires.
- Les marchés de travaux : ils sont assujettis en vertu d'une liste. Tout ce qui est incorporé à l'ouvrage est soumis aux MP.
- Les marchés de services : ce sont des prestations intellectuelles qui ne se concrétisent pas par la livraison d'une fourniture ou d'un immeuble. On a des listes et un document infernal de l'ONU (le fameux CPC).

On peut contourner le droit des MP en engageant les personnes comme fonctionnaires à temps partiel durant peu de temps !!

- Troisième condition : l'ampleur et la valeur du marché : cf. LMP et OMP.
- Quatrième condition : les exceptions : il ne faut pas omettre cette catégorie. En voici quelques exemples :
 - Les marchés passés par des organisations internationales : le droit des MP suisse ne s'applique pas au profit des règles spéciales de l'ONU.
 - Les commandes faites à des établissements pénitentiaires (but social, pas de concurrence possible vu que le prix sera très bas). Quand c'est par contre l'établissement qui investit, le droit des MP s'applique. Idem pour les marchés passés avec des ateliers pour handicapés.
 - Les marchés passés par les banques cantonales.

Remarque : on introduit souvent des clauses d'exception. Swisscom est à 51% en mains étatiques. C'est une entreprise assujettie à la concurrence, elle est donc exemptée de MP. L'idée est que le droit des MP doit vérifier que l'Etat utilise bien l'argent public. La concurrence exercée sur l'adjudicateur suffit : on n'a pas besoin de MP en plus.

IV. La procédure et son déroulement

1. Les diverses procédures

- La première procédure est la procédure ouverte. Elle commence par une publication, puis la distribution des documents d'appel d'offres. Les offres doivent

être déposées à un moment très précis. Ensuite, on évalue les offres et on détermine celle qui est économiquement la plus favorable (le « mieux-disant » contrairement au moins-disant qui est l'offre le meilleur marché). Ensuite, on procède à l'adjudication. Cette procédure est ouverte à tous.

- La seconde procédure est la procédure sélective. Il y a une procédure de préqualification, p.ex. dans le cas de la construction de l'hôpital du Chablais, il y avait un délai d'un mois pour faire candidature. À l'issue de cette qualification, on sélectionne les candidats. Cette procédure est très rarement utilisée.
- La troisième procédure est la procédure sur invitation : elle est non-publique. C'est le pouvoir adjudicateur qui envoie une lettre d'invitation à des entreprises choisies. C'est une procédure codifiée sans contrainte sur l'invitation (dans la loi valaisanne, il faut au moins un candidat « étranger »).
- La quatrième procédure est celle de gré à gré : c'est l'absence totale de concurrence. C'est une relation directe sans appel d'offres.
- La cinquième procédure est le concours. C'est une procédure spécifique qui désigne les cas dans lesquels l'Etat ne sait pas ce qu'il veut. La procédure n'est possible que quand les plans de détail sont établis. Le concours n'est pas régi par le droit des MP car à l'OMC on a pas réussi à s'entendre. On se demande si on a le droit d'adjuger au lauréat le marché subséquent. Il faut regarder l'art. 13 al. 1 let. l OMP : les marchés subséquents sont des marchés de gré à gré si trois conditions sont respectées :
 - le concours doit être ouvert.
 - Le jury doit être indépendant.
 - Il faut avoir dit qu'au début de la procédure, celui qui gagne le concours gagne la procédure de travaux.

Pour être clair, jusqu'à un certain seuil, on peut procéder de gré à gré. Ce seuil varie suivant le canton dans lequel on se trouve. On ne peut pas procéder à la technique du « saucissonnage » pour séparer les frais.

Il existe des cas où quelle que soit la valeur du marché, on est soumis aux MP (art. 13 OMP), mais dans un cas de 13 al. 1 let. a OMP (aucune offre n'est présentée), on peut y aller directement avec l'adjudication, idem pour 13 al.1 let. b OMP (si les offres ont été concertées ou ne satisfont pas aux conditions essentielles de l'appel d'offres).

Dans le cas de 13 al. 1 let. c OMP, un seul soumissionnaire entre en considération (p.ex. c'est le seul qui sait construire une voiture à eau), on peut procéder à une adjudication directe. 13 al. 1 let. d OMP évoque le cas où il y a une situation d'urgence.

13 al. 1 let. e OMP aborde le cas du marché complémentaire : on ne va pas lancer un nouveau marché pour quelque chose qui vaut moins que la moitié du marché initial. On procède donc à une adjudication directe.

L'art. 6 LMP est très important. Il énonce les seuils. Ces montants (263 000 francs pour les fournitures, 263 000 francs pour les services, 10,07 millions de francs pour les ouvrages) sont des valeurs estimées. Ces chiffres bizarres sont l'expression en fr. des droits de tirage spéciaux (DTS) du Fonds Monétaire International. Si on est en dessus des chiffres de l'art. 6, on est soumis au droit des MP (procédure ouverte ou sélective).

Faisons attention au chapitre 3 de l'OMP : en effet, l'art. 32 OMP indique les autres seuils pour les autres marchés :

- En dessous de 150 000 fr., le marché de construction peut être adjudgé de gré à gré (art. 36 al. 2 let. b OMP).
- En dessous de 2 mio, les marchés de construction peuvent être adjudgés selon une procédure par invitation (art. 35 al. 3 let. g OMP).
- Entre 2 et 10,07 mio, on peut choisir entre une procédure sélective ou ouverte (6 LMP).
- Au dessus de 10,07 mio, on peut lancer une procédure d'appel d'offres.

Comment calculer ces montants ? Selon 5 LMP, il y a plusieurs marchés exercés par plusieurs corps de métiers. Pour le seuil, lorsque c'est un marché fédéral, on calcule le seuil sur la base de l'ensemble de l'ouvrage. L'ensemble doit faire min. 10,07 mio (1ère étape). L'art. 7 al. 2 LMP consacre le principe de la clause *de minimis* : l'idée est de permettre à l'adjudicateur de déterminer quel pourcentage le marché occupe dans l'ensemble de l'ouvrage.

Notons que l'art. 14 OMP dispose que « lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en rapport avec la réalisation d'un ouvrage dont la valeur totale atteint le seuil déterminant, il n'est pas tenu de les adjudger en se conformant aux dispositions de la loi, pour autant que les conditions suivantes soient remplies : (a) la valeur de chacun de ces marchés est inférieure à 2 millions de francs; et (b) la somme des valeurs de ces marchés ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage ».

Pour les marchés publics communaux et cantonaux, on applique la méthode zurichoise. On regarde simplement la valeur de chaque marché individuel et non de l'ensemble.

2. Les critères de choix

V. L'adjudication, le recours et le contrat

1ère étape : l'adjudication

2e étape : la notification

3e étape : le recours au Tribunal cantonal avec application du CPJA (autorité = préfet) ou au Tribunal administratif fédéral avec application de la LTAF (autorité = TAF) car depuis 1996, l'adjudication est une décision administrative selon l'art. 29 let. a LMP. Le fait qu'un contrat ait été conclu ouvre un jugement constatatoire et donc une action en dommages et intérêts.

4e étape : Le recours au Tribunal fédéral. Le recours unifié en matière de droit public est possible mais en respectant les seuils légaux et cela doit soulever une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF). Il est aussi possible d'intenter un recours constitutionnel

subsidaire.

Il est important de retenir que le contrat ne peut être conclu que quand la décision d'adjudication est définitive. Si le contrat est conclu, l'art. 22 LMP dispose que « Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire après l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif fédéral n'ait accordé à un recours un effet suspensif au sens de l'art. 28, al. 2. ». Soit le juge a accordé l'effet suspensif : le juge se prononce sur la validité de l'adjudication. Si le contrat n'a pas été conclu, il n'y a pas d'effet suspensif à demander.

VI. Quelques problèmes particuliers

L'art. 35 LMP s'occupe des dommages-intérêts que les soumissionnaires évincés peuvent réclamer à l'adjudicateur : selon l'art. 34 al. 2 LMP, il n'y a qu'un droit à la réparation du dommage positif : l'entreprise évincée ne peut pas demander la réparation de ses frais d'opportunité. Il reste les dommages-intérêts négatifs : on admet uniquement les frais pour replacer le lésé dans la situation dans laquelle il serait s'il n'avait pas subi de dommage (nombre d'heures nécessaires pour faire l'offre et les frais d'avocat, c'est pas grand chose).

* * * * *