

Les tiers et le droit public - Rapport national suisse

Journées panaméennes de l'Association Henri Capitant du 18 au 22 mai 2015

Valérie Défago Gaudin, Docteur en droit, avocate, chargée de cours suppléante à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Introduction

Le droit suisse est composé d'un droit fédéral et de 26 droits cantonaux. Le système de répartition des compétences veut, schématiquement, que les compétences fédérales sont énoncées dans la Constitution et que les cantons sont compétents pour édicter des normes dans les domaines non réglés par la Constitution mais aussi dans ceux réglés non-exhaustivement par celle-ci. Schématiquement toujours, le droit civil, le droit des obligations et le droit pénal, de rang fédéral, ne laissent pas de place au droit cantonal. En revanche, dans les domaines relevant du droit public, il y a de la place pour des législations cantonales. De plus, le droit suisse est marqué par un fort fédéralisme d'exécution. Il est de nombreux domaines régis par le droit fédéral qui sont mis en œuvre par des autorités cantonales, selon la procédure administrative cantonale. Contrairement aux procédures civile et pénale qui sont fédérales depuis 2011, la procédure administrative n'est pas unifiée, de sorte qu'il y a 26 lois cantonales de procédure administrative et 26 modèles différents d'organisation judiciaire administrative. Il existe aussi une procédure administrative fédérale pour les décisions rendues par les autorités administratives fédérales. C'est surtout au droit fédéral et à la procédure administrative fédérale que nous nous référerons dans le présent rapport ; nous indiquerons lorsqu'il y a lieu si la situation est identique ou au contraire diffère dans les cantons.

La notion de « tiers » n'a pas été définie dans le questionnaire à l'appui du présent rapport. On le verra, le tiers en droit public, c'est à la fois les partis politiques, les milieux intéressés, voire les cantons (I.), la personne non-destinataire d'une décision (II.) ou encore l'entité publique ou privée qui ne relève pas de l'administration centralisée (III.), selon que sa participation intervient dans une procédure de type parlementaire aboutissant à la création d'une norme, dans une procédure administrative menant à la prise d'une décision ou dans une procédure judiciaire destinée à contrôler la validité de celle-ci¹.

I. Le tiers et la norme

1.1 La procédure de consultation

1.1.1 Généralités

Selon l'article 147 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999², les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires,

¹ Pour une mise en perspective, Pierre Moor, « La notion de participation dans la systématique du droit public », in T. Tanquerel, F. Bellanger (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève 2004, p. 9ss.

² RS 101 ; « Cst. ».

ainsi que sur les traités internationaux importants. Cette disposition constitutionnelle est concrétisée par la Loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005³.

Visant à associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à la définition de la position de la Confédération et à l'élaboration de ses décisions, la loi a pour fonction de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté (art. 2 LCo). En premier lieu, il s'agit de s'assurer qu'un projet est techniquement approprié, qu'il repose sur des prémisses et des hypothèses causales correctes et qu'il ne produira pas d'effets pervers. En deuxième lieu, la consultation vise à tester si les buts du projet, ainsi que les moyens prévus pour atteindre ces buts, bénéficient d'un soutien politique suffisant. En troisième lieu, il s'agit de vérifier que les aspects relatifs à la mise en œuvre ont été pris en compte et que les acteurs concernés seront en mesure d'appliquer la législation⁴. Le deuxième niveau de l'acceptabilité politique est à placer en relation directe avec les instruments de démocratie directe connus en Suisse, en particulier le référendum. Le référendum est obligatoire pour les actes les plus importants adoptés par l'Assemblée fédérale, notamment les révisions de la Constitution (art. 140 Cst.). Le référendum facultatif permet à 50'000 citoyens de demander que les lois adoptées par l'Assemblée fédérale soient soumises au vote du peuple (art. 141 al. 1 Cst.). Associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à phase pré-parlementaire permet de réduire le risque de la menace référendaire de ces organisations ou entités qui ont la capacité de mener une campagne référendaire⁵. C'est dans ce sens que la consultation est vue d'ordinaire comme une activité qui va au-delà d'une simple information donnée à sens unique mais n'atteignant pas le pouvoir effectif des institutions de démocratie directe⁶.

Si la procédure de consultation est largement formalisée en droit fédéral, elle l'est moins dans les cantons⁷.

1.1.2 Actes soumis à la procédure de consultation

Les actes soumis à la procédure de consultation sont tout d'abord définis par un critère formel. Il s'agit de tout avant-projet concernant des modifications de la Constitution, de lois fédérales touchant à l'exercice des droits politiques, à la restriction des droits constitutionnels, aux droits et aux obligations des personnes, à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts, aux tâches et aux prestations de la Confédération, aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral et à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales, ainsi que de traités internationaux d'importance (art. 3 al. 1 LCo).

En sus de ces actes dont l'importance découle de leur qualité formelle, les autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ou

³ RS 172.061 ; « LCo ».

⁴ Pascal Sciarini, « Les effets de la consultation sur le processus de décision au niveau fédéral », in *LeGes* 2011/2 p. 191/192.

⁵ Sciarini (2011), p. 191/193.

⁶ Alexandre Flückiger, « Consulter pour mieux légiférer: Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires », in *LeGes* 2011/2 p. 185/187.

⁷ Thierry Tanquerel, « Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe : quelle utilité pour la Suisse ? » in *Genève au confluent du droit interne et du droit international* - Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012, Genève 2012, p. 203/212.

dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale, sont également soumis à la procédure de consultation (art. 3 al. 2 LCo). En conséquence, près de 50% des actes législatifs donnent lieu à une procédure de consultation⁸.

Les ordonnances, à savoir les règles de droit édictées par le Conseil fédéral en sa qualité d'organe exécutif (art. 182 al. 1 Cst.) sont soumises à un régime différent selon leur importance matérielle. Les ordonnances sont soumises à la procédure de consultation en vertu de l'art. 3 al. 2 LCo lorsqu'elles ont un caractère politique marqué ou contiennent des dispositions d'exécution importantes telles que celles qui règlent les domaines de l'asile et des étrangers, de la circulation routière, de l'indication des prix et de la prévoyance professionnelle⁹; de même, lorsque les cantons sont particulièrement concernés par un projet d'ordonnance, ils sont consultés (art. 3 al. 3 LCo). Pour des projets de portée mineure, une procédure d'audition, plus légère que la procédure de consultation, est à la disposition des entités subordonnées de l'administration afin de recueillir l'avis des milieux concernés (art. 10 LCo). En revanche, les autres ordonnances, à savoir celles qui ne sont pas matériellement significatives¹⁰, ne sont soumises ni à consultation, ni à audition.

1.1.3 Personnes consultées

Le cercle des personnes ou entités consultées est large. Sont invités à donner un avis sur les avant-projets de loi les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national et les autres milieux concernés par le projet dans le cas d'espèce (art. 4 al. 2 LCo). La consultation des cantons, partis politiques, communes, villes et régions de montagne s'impose en raison des droits conférés à ces entités par la Constitution (art. 45, 137, 50 et 147 Cst.). Les associations faîtières de l'économie et les autres milieux concernés par le projet constituent les « milieux intéressés » désignés par l'art. 147 Cst.

Mais de manière générale toute personne ou organisation peut participer à la consultation et exprimer un avis (art. 4 al. 1 LCo). Toute personne physique ou morale, quels que soient sa nationalité et son domicile ou son siège, peut faire valoir ce droit¹¹.

Les « tiers » dans le processus d'élaboration des normes sont donc toutes ces entités et personnes publiques ou privées désignées comme participant *de lege* à la procédure de consultation, mais aussi toute personne qui le souhaite. En la matière, on peut dire qu'il y a « consultation populaire ».

1.1.4 Modalités de la consultation

La consultation a lieu par écrit, sur support papier et par voie électronique et dure généralement trois mois (art. 7 al. 2 LCo). Les avis exprimés sont pondérés et évalués (art. 8 LCo) puis réunis dans un rapport rendant compte des résultats de la consultation (art. 9 al. 1 let. c. LCo). Les dossiers soumis à consultation, les avis exprimés et le rapport sont

⁸ Sciarini (2011), p. 191/194.

⁹ Message du Conseil fédéral du 21 janvier 2004 relatif à loi fédérale sur la procédure de consultation, Feuille fédérale 2004, p. 485/500.

¹⁰ Felix Uhlmann, David Hofstetter, « Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre », in ZBl 113/2012 p. 455/476.

¹¹ Message du Conseil fédéral (2004), p. 485/501.

accessibles au public (art. 9 al. 1 LCo). Les procédures de consultation et d'audition prévues, en cours et achevées sont disponibles sur le site internet de la Confédération¹².

1.2 Les normes privées

1.2.1 Généralités

Selon l'art. 22 al. 4 de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002¹³ sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. En cela, la règle de droit s'oppose à l'acte étatique qui a pour objet une mesure individuelle prise à propos d'un cas concret¹⁴.

Les règles de droit sont sujettes à publication dans le Recueil officiel du droit fédéral (RO), ce qui fait naître les obligations juridiques prévues dans ces textes (art. 8 al. 1 de la Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004¹⁵). Il en va ainsi de la Constitution, des lois fédérales, des ordonnances de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, d'arrêtés fédéraux, mais aussi des autres actes normatifs édictés par des autorités fédérales ainsi que par des organisations ou des personnes de droit public ou de droit privé qui sont chargées de tâches administratives mais ne font pas partie de l'administration fédérale (art. 2 LPubl). La LPubl permet la publication sous la forme d'un renvoi pour les textes qui ne se prêtent pas à la publication, notamment s'ils ne touchent qu'un nombre restreint de personnes, s'ils ont un caractère technique et ne s'adressent qu'à des spécialistes ou s'ils doivent être publiés dans un autre format (art. 5 al. 1 LPubl).

La production de normes destinées à avoir un effet obligatoire sur les particuliers est en principe le privilège de l'Etat. Il est toutefois admis que la compétence d'édicter des règles de droit puisse, à certaines strictes conditions, être confiée à des personnes privées. Les exigences à cet effet dépendent de la matérialité des normes en cause. Selon le Tribunal fédéral, afin de respecter les principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, seule la production de normes de moindre importance peut être déléguée à des privés ; il faut, en outre, qu'une norme constitutionnelle prévoie que le privé puisse être habilité à édicter des normes et désigne la loi en cause. Lorsque les normes ont encore moins d'importance, par exemple lorsqu'il s'agit de pures normes techniques, elles sont considérées comme relevant des compétences de l'administration et peuvent être confiées à des privés comme le permet l'art. 178 al. 3 Cst.¹⁶. La doctrine exige en outre qu'un régime de surveillance et d'évaluation soit prévu sous la forme d'approbation des normes ou de l'obligation de faciliter l'évaluation de la mise en œuvre de celles-ci¹⁷. Cela étant, rares voire inexistantes sont les cas dans lesquels une loi de droit public confie purement et simplement une compétence réglementaire à un

¹² www.admin.ch>Accueil>Droit fédéral>Procédures de consultation.

¹³ RS 171.10 ; « LParl ».

¹⁴ ATF 106 Ia 307, consid. 1.

¹⁵ RS 170.512 ; « LPubl ».

¹⁶ ATF 136 I 316, consid. 4.2.1.

¹⁷ Pierre Moor, Alexandre Flückiger, Vincent Martenet, *Droit administratif*, Vol. I, Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 267.

privé¹⁸. Le plus souvent, les normes privées sont incorporées dans des ordonnances qui soit en reprennent la teneur, soit y renvoient.

1.2.2 L'intégration des normes privées dans le droit public

Les normes privées peuvent être reprises pour être incorporées dans le droit public. Ainsi, elles font partie intégrante de la norme qui les contient¹⁹ et leur rang est donc celui de cette norme.

Mais le plus souvent les normes de droit public renvoient aux normes privées. Le renvoi est très fréquemment utilisé en droit fédéral²⁰ comme en droit cantonal²¹. La difficulté en présence d'un renvoi est de savoir s'il s'agit d'un renvoi statique ou d'un renvoi dynamique. Il y a renvoi statique lorsque l'objet du renvoi est une réglementation existante qui doit s'appliquer dans une version bien déterminée, ce qui a pour conséquence que la norme à laquelle il est renvoyé ne peut être modifiée sans la décision de l'organe qui a fait le renvoi ; le renvoi statique à des normes privées a pour effet de leur donner le statut de droit étatique. Le renvoi est dynamique lorsqu'il permet de se référer à la dernière version de la norme, qui aura pu être modifiée entre le moment du renvoi et une application ultérieure. Le renvoi dynamique correspond, matériellement, à une délégation du pouvoir réglementaire de sorte qu'il doit répondre aux conditions strictes à cet effet²² (voir *supra* ch. 1.2.1) ; par conséquent, le renvoi est utilisé avant tout dans des normes de rang réglementaire. Savoir si l'on se trouve en présence d'un renvoi statique ou dynamique est une question d'interprétation, lorsque la disposition de renvoi se contente de se référer au numéro de la norme, sans en indiquer la date ou préciser qu'elle doit être appliquée dans sa version au jour de la décision. Le plus souvent, faute de disposition constitutionnelle prévoyant le renvoi dynamique, l'interprétation systématique mènera à retenir un renvoi statique²³ ce qui n'est pas sans poser de problèmes pratiques de mise à jour des ordonnances contenant les renvois. Cela soulève en outre des questions – légitimes – de publication des normes, dans la mesure où les normes privées ne sont pas librement accessibles et doivent le plus souvent être achetées auprès des organismes de régulation ou des associations professionnelles qui les édictent²⁴.

¹⁸ Lorsqu'elle est déléguée, la compétence réglementaire l'est à des autorités fédérales ne faisant pas partie de l'administration centrale, comme l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ou la Commission des offres publiques d'acquisition.

¹⁹ Pour les problèmes liés aux droits d'auteur en cas d'incorporation, voir Felix Uhlmann, « Die Normen können bei ... bezogen werden - Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen », in LeGes 2013/1 p. 89/92.

²⁰ On dénombre une quarantaine de renvois aux normes SN EN dans les ordonnances du Conseil fédéral ou des départements, dans des domaines aussi variés que le transport par câbles, la sécurité des jouets, l'accréditation, la navigation, les éthylotests, la réduction des risques liés aux produits chimiques, les produits du tabac, les instruments de mesures, la radioprotection, l'accès aux bâtiments par les personnes handicapées, les additifs admis dans les denrées alimentaires etc., et plus d'une centaine de renvois aux normes ISO dans divers domaines comme les laboratoires d'analyses ADN, la désignation de la volaille, le traitement des données signalétiques biométriques, la protection contre le bruit, les médicaments vétérinaires, le bruit des machines etc.

²¹ En droit cantonal, il est très fréquemment renvoyé aux normes de la Société des ingénieurs et architectes (SIA) dans les règles en matière de construction et dans les lois sur l'énergie, en relation avec les économies d'énergie dans les bâtiments.

²² ATF 136 I 316, consid. 4.2.1.

²³ ATF 136 I 316, consid. 4.2.1.

²⁴ Sur ces questions, Uhlmann (2013), p. 93-96.

II. L'intérêt du tiers dans la procédure administrative

2.1 Généralités

L'activité administrative s'exerce dans une très large mesure par la prise de décisions par les autorités. En droit fédéral, cette activité est alors régie et encadrée par la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968²⁵ dans la mesure où cette loi s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours (art. 1 al. 1 PA). La procédure s'articule autour de la notion de décision, ce par quoi on entend les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (art. 5 al. 1 PA). La référence aux cas d'espèce indique que la décision a un caractère individuel et concret²⁶ et un acte est individuel lorsqu'il s'adresse à une personne déterminée ou à un nombre déterminé de personnes²⁷. La décision s'adresse donc à un destinataire et, *a priori*, toutes les personnes qui ne sont pas destinataires de la décision sont des « tiers » à la procédure nouée entre l'administration et l'administré.

Toutefois, le droit fédéral confère la qualité de partie à d'autres personnes que l'auteur de l'administration et son destinataire (voir *infra* 2.2). De ce fait, certains tiers ont les mêmes droits et obligations dans la procédure que le destinataire de la décision. Il s'agit donc de distinguer soigneusement les tiers qui ont la qualité de partie de ceux qui ne bénéficient pas de cette qualité²⁸.

2.2 La qualité de partie, la qualité pour recourir

L'art. 6 PA confère la qualité de partie à la procédure – non-contentieuse et contentieuse – aux personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi qu'aux autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre une décision, ce qui permet à un tiers non-destinataire d'une décision d'être admis à participer à une procédure administrative.

La lecture de cette disposition est malaisée car pour leur conférer, au final, une position identique, elle fait une distinction entre les personnes touchées dans un intérêt juridiquement protégé et les personnes qui bénéficie(raie)nt de la qualité pour recourir contre celle-ci ; or, la qualité pour recourir est donnée lorsque la personne a un intérêt digne de protection au recours (voir *infra* 2.2.1), de sorte que l'atteinte dans un intérêt de fait suffit. A cela s'ajoute le fait que le droit de recours accordé par la législation spéciale à certaines autorités ou organisations leur confère également la qualité de partie, indépendamment du fait que celles-ci soient touchées dans leurs droits ou obligations. En définitive, la qualité de partie est

²⁵ RS 172.021 ; « PA ».

²⁶ ATF 135 II 328, consid. 2.1.

²⁷ ATF 125 I 313, consid. 2a.

²⁸ François Bellanger, « La qualité de partie à la procédure administrative », in T. Tanquerel, F. Bellanger (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève 2004, p. 33/36, désigne l'autorité et l'administration comme les « parties automatiques » à la procédure afin de les distinguer du cercle plus large des autres parties à celle-ci.

reconnue à ceux qui sont susceptibles d'être touchés plus que quiconque dans un intérêt juridique ou de fait, digne de protection, par la décision en cause, ainsi qu'à ceux qui bénéficient d'un droit de recours spécial contre la décision²⁹.

2.2.1 Intérêt digne de protection

La notion d'intérêt digne de protection conférant la qualité pour recourir – ainsi que la qualité de partie – découle de l'art. 48 al. 1 PA qui prévoit qu'a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt digne de protection représente tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée ; il consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct en ce sens que le recourant doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision entreprise ; il doit être spécial en ce sens que le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés ; il doit être actuel en ce sens que l'intérêt digne de protection doit exister non seulement au moment du dépôt du recours mais encore au moment où l'arrêt est rendu³⁰. Peuvent ainsi invoquer un intérêt digne de protection, selon les circonstances, les voisins d'une construction ou d'une installation³¹ voire les concurrents³² mais généralement non les consommateurs³³.

L'exigence de l'intérêt digne de protection, qui exclut le recours d'un particulier dans l'intérêt d'un tiers ou dans l'intérêt général, a été posée de manière à éviter l'action populaire, ce que le Tribunal fédéral rappelle fréquemment³⁴. On ne parle toutefois pas d'action populaire³⁵ alors même qu'un très grand nombre de personnes aurait la qualité pour recourir, par exemple les personnes habitant dans un rayon de 5 kilomètres d'une centrale atomique³⁶ ou celles qui habitent dans un rayon en dehors duquel est produit un rayonnement inférieur à 10% de la valeur limite de l'installation de téléphonie mobile³⁷. On ne parle pas non plus d'action populaire en cas de recours contre un acte normatif cantonal alors même que dans ce cas la qualité pour recourir est très large puisque l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel ; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées³⁸.

²⁹ Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Zurich 2011, p. 498.

³⁰ ATF 137 II 40, consid. 2.1 et 2.3. Cet arrêt concerne la notion de qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral mais celle-ci a une portée identique à celle de l'art. 48 PA qui régit la procédure devant les autorités administratives et le Tribunal administratif fédéral.

³¹ François Bellanger, « La qualité pour recourir », in F. Bellanger, T. Tanquerel (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève 2013, p. 11/116.

³² Pour une synthèse, René Wiederkehr, « Die Beschwerdebefugnis der Konkurrenten », recht 2014 p. 76.

³³ ATF 123 II 376, consid. 4.

³⁴ ATF 139 II 499, consid. 2.2 ; ATF 137 II 40, consid. 2.3.

³⁵ Pour une synthèse sur cette notion, Christoph Errass, « Zur Notwendigkeit der Einführung einer Popularbeschwerde im Verwaltungsrecht », AJP/PJA 2010 p. 1351.

³⁶ JAAC 1978 n. 96.

³⁷ ATF 133 II 409, consid. 1.3.1 ; ATF 128 II 168, consid. 2.3.

³⁸ ATF 136 I 241, consid. 1.2.2.

Constitue un cas particulier celui du recours corporatif ou associatif. Sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux³⁹. Le recours corporatif ne déroge en réalité pas à l'exigence de l'intérêt digne de protection puisqu'il remplace en réalité des recours formés individuellement par de nombreuses parties⁴⁰.

A noter enfin que dans la procédure de dénonciation, à savoir la procédure non contentieuse par laquelle n'importe quel administré peut attirer l'attention d'une autorité hiérarchiquement supérieure sur une situation de fait ou de droit qui justifierait à son avis une intervention de l'Etat dans l'intérêt public, le dénonciateur n'en acquiert pas pour autant la qualité de partie (art. 71 al. 2 PA)⁴¹. Il ne peut en particulier pas prétendre être tenu informé du suivi de la procédure qui a ou n'a pas été ouverte à la suite de son intervention, de même qu'il n'a pas le droit de recourir contre les décisions rendues par l'autorité dans celle-ci.

2.2.2 Droit de recours spécial

Le droit fédéral confère, dans certains cas, la qualité pour recourir – et donc la qualité de partie – à certaines personnes, organisations ou autorités.

Le droit de recours des autorités a pour but d'assurer une application correcte et uniforme du droit fédéral, de sorte que l'autorité n'a pas à établir un intérêt digne de protection. Il ne faut toutefois pas qu'en exerçant ce droit de recours elle poursuive des intérêts privés ; au contraire, le recours suppose que l'intérêt public soit menacé du fait de la décision attaquée⁴². Un tel droit de recours existe par exemple dans les domaines de l'agriculture⁴³, de la protection de la nature et du paysage⁴⁴ ou dans le domaine du génie génétique⁴⁵⁻⁴⁶.

Certaines associations ou organisations se voient également octroyer un droit de recours, désigné recours associatif altruiste ou idéal. Tel est le cas par exemple du droit de recours confié aux organisations ou associations actives dans les domaines de la protection de

³⁹ ATF 137 II 40, consid. 2.6.4.

⁴⁰ Pierre Moor, Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 751.

⁴¹ ATF 133 II 468, consid. 2.

⁴² ATF 123 II 16, consid. 2c.

⁴³ Art. 166 al. 3 de la Loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (RS 910.1 ; « LAgr »).

⁴⁴ Art. 12g al. 2 de la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966 (RS 451 ; « LPN »).

⁴⁵ Art. 29 al. 1 de la Loi sur l'application du génie génétique au domaine non humain du 21 mars 2003 (RS 814.91 ; « LGG »).

⁴⁶ Pour ce qui est du recours devant le Tribunal fédéral, l'article 89 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110 ; « LTF ») confère le droit de recours à la Chancellerie fédérale et aux départements si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attribution.

l'environnement⁴⁷, de la nature et du paysage (art. 12 LPN), de la protection des personnes handicapées⁴⁸ ou de l'égalité entre femmes et hommes⁴⁹.

2.3 L'obligation d'informer

La qualité de partie suppose entre autre droits celui de participer à la procédure ainsi que celui de se voir notifier la décision prise par l'autorité. Lorsque les parties à la procédure sont connues de l'autorité, celle-ci procède à une notification individuelle (art. 34 PA). Lorsque l'affaire met en cause un grand nombre de parties ou lorsque l'identification de toutes les parties exigerait des efforts disproportionnés et occasionnerait des frais excessifs, l'autorité peut notifier la décision par voie de publication dans une feuille officielle (art. 36 let. c et d PA). C'est ainsi que les décisions ayant des incidences spatiales sont mises à l'enquête publique puis publiées, afin de rendre effectif le droit des parties à la procédure.

III. L'exécution de tâches publiques et le tiers

3.1 Les tâches publiques

Il n'existe pas dans la jurisprudence et la doctrine suisses de définition reconnue des tâches publiques alors même que cette notion a une fonction-clé puisqu'elle délimite la frontière entre Etat et société civile ainsi que le droit applicable aux tâches accomplies par des entités étatiques dans le domaine privé, respectivement des tâches accomplies par des privés investis de la puissance publique⁵⁰. La notion est comprise soit largement comme toutes les tâches accomplies dans l'intérêt public⁵¹, soit de manière plus étroite comme étant les missions que le constituant et le législateur confient à l'Etat⁵².

Il n'existe pas non plus de typologie arrêtée des tâches étatiques. On distingue souvent entre administration de police et administration de prestation, auxquelles catégories on ajoute l'administration de gestion⁵³ et/ou les activités économiques⁵⁴⁻⁵⁵.

⁴⁷ Art. 55 de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01 ; « LPE »).

⁴⁸ Art. 9 de la Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (RS 153.1 ; « LHand »).

⁴⁹ Art. 9 de la Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (RS 151.1 ; « LEg »).

⁵⁰ Bernhard Rütsche, « Was sind öffentliche Aufgaben ? », in recht 2013, p. 153.

⁵¹ ATF 135 II 49, consid. 5.2.2.

⁵² Parmi d'autres, François Bellanger, « Les « privatisations » : une notion à géométrie variable », in RDAF 2001 I 37/39.

⁵³ Parmi d'autres, Moor, Flückiger, Martenet (2012), p. 24ss.

⁵⁴ François Bellanger, « Les collectivités publiques et la TVA: de l'Etat providence à l'Etat commerçant », in A. Auer, J.-D. Delley, M. Hottelier, G. Malinverni Giorgio (éd.), *Aux confins du droit - Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle 2001, p. 467/484.

⁵⁵ En 2006, le Conseil fédéral a commis un Rapport sur le gouvernement d'entreprise destiné à guider l'Assemblée fédérale pour l'externalisation des tâches publiques et une gestion uniforme des entités publiques devenues autonomes (Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération, Feuille fédérale 2006, p. 7799ss). L'administration a procédé à une classification des différentes tâches accomplies par l'Etat et a identifié la forme organisationnelle adaptée pour leur gestion mais la doctrine ne semble pas encline à reprendre cette classification.

3.2 Le transfert de tâches publiques à des tiers

3.2.1 Généralités

Le fait pour une collectivité publique de se voir attribuer, respectivement se charger de tâches publiques, par le droit supérieur, n'empêche pas que celle-ci confie leur exécution à un tiers. Le procédé est admis de longue date et a pris de l'ampleur dans les vingt dernières années avec notamment l'apparition des nouveaux modèles de gestion publique.

La doctrine distingue généralement entre privatisation et décentralisation⁵⁶. Avec la privatisation, la collectivité publique abandonne une tâche au secteur privé. Avec la décentralisation, la tâche demeure une tâche publique, mais son exécution est transférée à un tiers hors de l'administration, celui-ci étant dépendant de l'Etat, contrôlé par lui ou soumis à sa surveillance. Dans ce dernier cas, la jurisprudence parle alors de délégation de la tâche publique à un particulier⁵⁷.

L'art. 178 al. 3 Cst. prévoit que la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Selon la jurisprudence, cette disposition constitutionnelle reflète un principe général du droit public qui exige qu'un acte de décentralisation administrative, de même que toute délégation de l'exercice de pouvoirs de puissance publique à des tiers reposent sur une base légale formelle suffisamment précise, dès lors qu'ils portent atteinte à l'unité organique de l'administration et constituent une entorse au monopole de l'Etat⁵⁸. De ce fait, les exigences qui en découlent valent tant pour la Confédération que pour les cantons.

3.2.2 Conditions

Cette disposition, qui se contente de prévoir la possibilité de confier des tâches publiques à des tiers, n'énonce qu'une condition à cet effet, à savoir le respect de la base légale. La doctrine a développé les autres conditions pour le transfert de tâches, à savoir l'existence d'un intérêt public, le respect du principe dit de la spécialité, la mise en place d'une surveillance adéquate et la réserve des droits des tiers.

Sous l'angle de l'exigence de la base légale, le transfert de la tâche doit reposer sur une loi formelle. De plus, il doit exister une loi spécifique à l'activité en cause ; une loi générale prévoyant la possibilité de déléguer les tâches publiques, sans en désigner le domaine, ne suffirait pas⁵⁹. La loi de délégation doit décrire avec précision la tâche transférée, la forme

⁵⁶ Parmi d'autres, Tobias Jaag, « Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmbedingungen », in T. Jaag (éd.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zurich 2000, p. 23/24.

⁵⁷ ATF 138 I 196, consid. 4.4.3 ; ATF 137 II 409, consid. 4 et 6.

⁵⁸ ATF 138 I 196, consid. 4.4.3.

⁵⁹ Giovanni Biaggini, Art. 187, in B. Ehrenzeller, B. Schindler, R. Schweizer, K. Vallender (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St.Galler Kommentar*, 3^{ème} éd., Zurich 2014, art. 178 n. 32.

juridique de l'entité délégataire de même que les moyens de surveillance de celle-ci au regard de l'accomplissement de la tâche publique⁶⁰.

L'opération de transfert de la tâche doit se justifier sous l'angle de l'intérêt public. Cette condition est appréciée sous un double regard. Dans son volet dit négatif, lorsqu'une collectivité publique décide de transférer l'exécution d'une tâche à une entité tierce, on se demandera s'il se justifie d'en conserver l'exécution dans le giron de l'Etat, de manière directe ou indirecte, ou si au contraire un abandon pur et simple de la tâche se justifie⁶¹. Dans son volet positif, suivant la nature de la tâche transférée, la continuité du service public doit être assurée⁶².

Le principe de la spécialité impose que l'entité chargée de la tâche publique ne doit pas avoir la faculté de décider elle-même de l'étendue de ses compétences. Le respect de ce principe impose que la tâche déléguée soit décrite avec précision dans la loi de délégation, ce qui revient à exiger une précision normative suffisante dans l'exigence de la base légale⁶³.

Toute opération de délégation ou transfert d'une tâche publique doit prévoir une surveillance adéquate de l'entité chargée de l'accomplir. En effet, si la collectivité publique est habilitée à transférer l'exécution d'une tâche publique ou d'intérêt public à un tiers, elle n'en demeure pas moins responsable de son exécution, à tout le moins politiquement⁶⁴. A cela s'ajoute que le fait de confier à une entité tierce l'exécution d'une tâche publique a pour conséquence de soustraire au processus démocratique les décisions et mesures prises par celle-ci⁶⁵. La surveillance est directement fonction de l'autonomie que l'administration centrale aura voulu conférer à l'entité chargée de la tâche. Elle s'exprime par les moyens fixés en amont pour fixer les buts et les objectifs de l'entité et par les moyens prévus en aval pour assurer le contrôle des objectifs fixés⁶⁶. Elle peut prendre plusieurs formes, qui peuvent se combiner entre elles : fixation des objectifs stratégiques, désignation des membres de l'autorité et de son personnel, approbation des dispositions d'organisation ou d'exécution, contrôle de gestion, budgétaire, comptable et financier, notamment. En revanche, l'administration centrale n'a en principe pas la compétence d'adresser des instructions aux entités à qui l'exécution des tâches ont été transférées⁶⁷.

Enfin, les administrés doivent se trouver dans la même situation que si la tâche était accomplie par l'administration centrale : dans la mesure où l'entité tierce exerce des facultés de puissance publique, celle-ci doit respecter les droits et principes constitutionnels régissant toute activité administrative⁶⁸.

⁶⁰ André Thiébaud, « Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Zürcher Kantonsverfassung », in ZBL 2008, p. 509/516.

⁶¹ Jaag (2000), p. 23/41.

⁶² Peter Übersaax, « Privatisierung der Verwaltung », in ZBL 2001 p. 393/418.

⁶³ Etienne Poltier, « La surveillance des entités décentralisées », in F. Bellanger, T. Tanquerel (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève 2008, p. 67/73.

⁶⁴ Thomas Poledna, « Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform », in R. Schaffhauser, T. Poledna (éd.), *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen Einheiten : Rechtsformen und ihre Folgen*, St Gall 2002, p. 9/14.

⁶⁵ Jaag (2000), p. 23/45.

⁶⁶ Poltier (2008), p. 67/86.

⁶⁷ Poltier (2008), p. 68/89.

⁶⁸ ATF 133 I 49, consid. 3.2.

Ces conditions valent de manière générale, quel que soit le mode de transfert de la tâche. En pratique, on sera plus exigeant sur leur précision que la tâche en cause affecte les droits et obligations des particuliers qui entrent en relation avec le tiers.

3.2.2 Tâches pouvant être transférées

L'art. 178 al. 3 Cst. ne dit pas quelles sont les tâches qui peuvent faire l'objet d'un transfert, et surtout celles qui ne le peuvent pas. La question est discutée en doctrine, mais il est admis que la défense nationale et la poursuite pénale au sens strict constituent des noyaux durs qui ne peuvent pas faire l'objet d'un accomplissement par un tiers hors de l'administration⁶⁹. Pour le Conseil fédéral, les tâches ministérielles, qui regroupent les tâches liées à la préparation des dossiers politiques ainsi que toutes les prestations relevant clairement de la puissance publique et pouvant souvent impliquer d'importantes interventions dans les droits fondamentaux des particuliers, comme la défense nationale, ne se prêtent pas à l'externalisation ; leur exécution incombe à l'administration fédérale centrale⁷⁰. Cela étant, la pratique montre que certaines tâches de police font l'objet de délégation à des tiers, par exemple dans le domaine du service civil et du service militaire de la navigation aérienne⁷¹ ou des transports publics⁷².

3.2.3 Tiers à qui les tâches peuvent être transférées

Les tiers à qui les tâches publiques peuvent être confiées sont des organismes et des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale.

Il peut s'agir, très largement, d'établissements publics, comme la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA), qui gère l'assurance-accidents obligatoire pour certains corps de métiers obligatoirement affiliés⁷³, de fondations de droit public, comme Pro Helvetia qui agit dans la promotion de la diversité de la création artistique et culturelle suisse⁷⁴, de sociétés anonymes de droit public comme les Chemins de fer fédéraux (CFF)⁷⁵, La Poste⁷⁶ ou Swisscom⁷⁷, l'opérateur originel de téléphonie fixe.

Les personnes privées chargées de l'exécution de tâches publiques sont, par exemple, les assurances pratiquant l'assurance-maladie obligatoire dans le régime de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994⁷⁸ (art. 12 LAMal), l'organe de réception de la redevance

⁶⁹ Anne-Christine Favre, « Délégation d'activités ministérielles », in E. Poltier, A.-C. Favre (éd.), *La délégation d'activités étatiques*, à paraître Lausanne 2015.

⁷⁰ Rapport du Conseil fédéral (2006), p. 7799/7800.

⁷¹ Art. 40a de la Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0 ; « LA »).

⁷² Biaggini (2014), Art. 178 n. 29.

⁷³ Art. 61 al. 1 de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20 ; « LAA »).

⁷⁴ Art. 31 al. 1 de la Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009 (RS 442.1 ; « LEC »).

⁷⁵ Art. 2 al. 1 de la Loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998 (RS 742.31 ; « LCFE »).

⁷⁶ Art. 2 al. 1 de la Loi fédérale sur l'organisation de la Poste Suisse du 17 décembre 2010 (RS 783.1 ; « LOP »).

⁷⁷ Art. 2 al. 1 de la Loi fédérale sur l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.11 ; « LET »).

⁷⁸ RS 832.10 ; « LAMal ».

perçue auprès des particuliers en application de la Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006⁷⁹, en l'occurrence la société Billag SA, l'Inspection fédérale des installations à courant fort, qui est un service spécial de l'Association suisse des électriciens, pour la surveillance et le contrôle des installations électriques⁸⁰, des garages privés pour le contrôle individuel des véhicules avant leur immatriculation⁸¹ ou des institutions reconnues d'utilité publique actives dans l'aide à la vieillesse⁸².

Dans la thématique du transfert des tâches publiques, les « tiers » peuvent donc être compris très largement comme toutes les entités publiques ne relevant pas de l'administration centralisée ainsi que toutes sociétés ou personnes privées.

3.2.4 Les instruments du transfert

Les instruments du transfert sont variés⁸³. Le transfert peut parfois découler directement de la loi qui prévoit la possibilité de déléguer. Dans ce cas, le tiers est nommément désigné dans celle-ci, de sorte qu'il n'y a pas lieu de passer un acte subséquent pour que le transfert soit opéré ; un changement de tiers chargé de la tâche nécessiterait une modification légale⁸⁴.

Le plus souvent, la loi prévoit la possibilité de transférer la tâche mais réserve la passation d'un acte subséquent pour opérer le transfert. L'acte peut être unilatéral et prendre la forme d'une décision, plus précisément d'une décision rendue avec le concours du tiers, puisque c'est lui, généralement, qui la sollicite. Tel est le cas par exemple dans le régime de l'assurance-maladie où l'autorité admet les assureurs à pratiquer à charge de l'assurance-maladie (art. 13 LAMal).

Le transfert de la tâche peut aussi s'opérer par la voie bilatérale et prendre la forme contractuelle⁸⁵. On parle généralement de contrats ou conventions voire de mandats⁸⁶ de prestations pour désigner les contrats passés entre la collectivité publique et les entités publiques autonomes chargés de tâches publiques ; souvent, ces conventions servent à concrétiser un transfert de tâches déjà prévu dans la loi, notamment les modalités financières de celui-ci, comme c'est le cas par exemple de la Convention de prestation entre la Confédération et les CFF⁸⁷ ou des mandat et contrat de prestations passés entre la Confédération et Swissmedic, l'Institut suisse des produits thérapeutiques chargé du contrôle

⁷⁹ RS 784.40 ; « LRTV ».

⁸⁰ Art. 1 de l'Ordonnance sur l'Inspection fédérale des installations à courant fort du 7 décembre 1992 (RS 734.24).

⁸¹ Art. 32 al. 1 de l'Ordonnance concernant les exigences techniques requises pour les véhicules routiers du 19 juin 1995 (RS 741.41 ; « OETV »).

⁸² Art. 101bis de la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10 ; « LAVS »).

⁸³ Pour une typologie, voir Marc-Olivier Besse, « Investiture du délégataire », in E. Poltier, A.-C. Favre (éd.), *La délégation d'activités étatiques*, à paraître Lausanne 2015.

⁸⁴ Voir par exemple la désignation de la SUVA dans la LAA ou de l'Inspection fédérale des installations à courant fort dans l'Ordonnance s'y rapportant.

⁸⁵ Pour le droit applicable au contrat, voir infra 3.2.3.

⁸⁶ On veillera à ne pas confondre ces actes bilatéraux passés avec des entités tierces bénéficiant de la personnalité juridique avec les mandats de prestations utilisés au sein même de l'administration centrale pour la gestion des unités administratives par mandats de prestations et enveloppe budgétaire (art. 44 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010 ; « LOGA »).

⁸⁷ FF 2011 p. 2153.

et de la mise sur le marché des médicaments⁸⁸. Le contrat est aussi utilisé lorsque le transfert de la tâche se double de l'octroi d'une subvention à un bénéficiaire étranger à l'administration fédérale pour l'accomplissement de celle-ci ; la Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990⁸⁹ prévoit ainsi que l'instrument du contrat de droit public est utilisé lorsque l'autorité compétente jouit d'une grande marge d'appréciation (art. 16 al. 2 let. a LSu).

Le transfert de la tâche peut enfin s'opérer par la voie de l'octroi d'une concession. Tel est le cas pour l'exercice d'activités dans un domaine monopolisé, qu'il s'agisse de garantir un service public comme par exemple dans le cas de la radio-télévision⁹⁰, pour la concession accordée à la Société suisse de radiodiffusion (SSR) ou de permettre des activités économiques comme dans le cas des concessions de téléphonie mobile⁹¹. A relever que la notion de concession de service public, bien que définie par le Tribunal fédéral comme l'acte par lequel une collectivité publique, appelée concédant, attribue à une personne physique ou morale privée le droit d'exercer une tâche publique en son nom et pour son compte⁹², est très controversée en doctrine en particulier parce qu'il est parfois difficile de la distinguer de la notion de délégation⁹³.

Quel que soit l'instrument juridique utilisé pour le transfert de la tâche publique, les conditions du transfert (voir *supra* 3.2.2) demeurent identiques.

3.2.5 Le droit applicable aux relations entre l'entité chargée de la tâche publique (tiers) et les particuliers

La loi prévoyant la délégation peut avoir prévu que la relation avec les administrés est soumise au droit public, notamment lorsque le transfert de la tâche publique se double du pouvoir de rendre des décisions⁹⁴, ou au contraire au droit privé, comme cela est par exemple le cas pour les relations entre la Poste et ses clients (art. 11 LOP).

Lorsque tel n'est pas le cas, il faut recourir aux critères applicables pour distinguer entre droit public et droit privé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, plusieurs critères servent à déterminer si une contestation relève du droit public ou du droit privé : le critère des intérêts 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 fonctionnel qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique ; le critère du sujet ou de la subordination 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 ; le critère modal (ou critère de la sanction) 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

⁸⁸ Art. 70 de la Loi sur les produits thérapeutiques du 15 décembre 2000 (RS 812.21 ; « LPTH »).

⁸⁹ RS 616.1 ; « LSu ».

⁹⁰ Art. 24 et 25 de la Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (RS 784.40 ; « LRTV »).

⁹¹ Art. 22ss de la Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10 ; « LTC »).

⁹² ATF 106 Ib 34, consid. 1.

⁹³ Pour un état de la question, Stéphane Voisard, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative - Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, Fribourg 2014, p. 177.

⁹⁴ ATF 137 II 409, consid. 6.

public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucun de ces critères ne l'emporte sur l'autre et il faut examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes. En effet, la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire, de sorte que l'approche doit être modulée et pragmatique⁹⁵. En définitive, la question du droit applicable est donc résolue au cas par cas.

3.2.4 La responsabilité de l'entité chargée de la tâche publique

Au plan fédéral, la question de la responsabilité étatique est régie par la Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958⁹⁶, sous réserves de dispositions spécifiques prévues dans des lois spéciales.

La LRFC s'applique non seulement aux actes des magistrats et fonctionnaires et agents de la Confédération, mais aussi aux personnes chargées directement de tâches de droit public par la Confédération (art. 1 al. 1 LRFC). Toute la question est de déterminer à partir de quand une personne est réputée directement chargée de tâches publiques car ce critère ne correspond pas à la notion de tâche publique telle qu'énoncée à l'art. 178 al. 3 Cst. Les critères varient en fonction des tâches en cause⁹⁷. Ainsi, la Caisse nationale suisse en cas d'accident, SUVA⁹⁸, la Banque nationale suisse, Skyguide, la société chargée du contrôle aérien⁹⁹ ou encore l'Association suisse des électriciens¹⁰⁰, sont soumises au régime de responsabilité du droit public ; en revanche, tel n'est pas le cas de la Fédération suisse des éleveurs de porcs chargée de garantir les mesures d'hygiène lors de l'abattage des animaux¹⁰¹.

La responsabilité instituée par la LRFC est une responsabilité exclusive de l'Etat dans la mesure où le lésé n'a aucune action envers le fonctionnaire fautif (art. 3 al. 3 LRFC). Lorsque le dommage est causé par un agent d'une entité tierce à qui une tâche publique est confiée, c'est l'entité qui répond envers le lésé mais la Confédération est responsable subsidiairement si l'entité n'est pas en mesure de réparer (art. 19 al. 1 let. a LRFC). L'entité qui répare le dommage a une action récursoire contre l'agent lorsque celui-ci a commis une faute (art. 7 cum 19 al. 1 let. a LRFC).

Au surplus, la responsabilité étatique est subordonnée aux conditions classiques de la responsabilité civile, à savoir un acte illicite, un dommage et un lien de causalité. La responsabilité étatique est, sous réserve de la réparation du tort moral (art. 6 al. 1 LRFC), une responsabilité dite objective en ce sens qu'un comportement fautif de la part de l'agent n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité de l'entité (art. 3 al. 1 LRFC).

*

⁹⁵ ATF 138 II 134, consid. 4.1.

⁹⁶ RS 170.32 ; « LRFC ».

⁹⁷ Florence Aubry Girardin, « Responsabilité de l'Etat : un aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral », in A.-C. Favre, V. Martenet, E. Poltier (éd.), *La responsabilité de l'Etat*, Genève 2012, p. 113/126.

⁹⁸ Arrêt du TF 2A.446/2001 du 7 février 2002, consid. 1.

⁹⁹ Arrêt du TF 2C_297/2010 du 28 avril 2011, consid. 2.

¹⁰⁰ ATF 94 I 628, consid. 3.

¹⁰¹ Arrêt du TF 2A.675/2005 du 12 juillet 2006, consid. 6 à 8.