

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Edités par Peter Gauch*

333

---

STÉPHANE VOISARD

# L'auxiliaire dans la surveillance administrative

Du droit bancaire et  
financier au droit administratif général

# Table des matières

Avant-propos	VII
Sommaire	XI
Bibliographie	XIII
Sources officielles	XLIX
Autoréglementtion	LIX
Table des abréviations	LXI
I. Les abréviations usuelles	LXI
II. Les abréviations des réglementations citées	LXVI
<b>Introduction</b>	1
I. L'objet de la thèse et ses délimitations	1
II. L'objectif de la thèse et son intérêt	2
III. Le plan de la thèse et la méthode employée	4
<b>Première partie : La surveillance administrative</b>	7
<b>Chapitre I : L'activité de surveillance</b>	9
§ 1. Les éléments constitutifs de la surveillance	9
I. Les intérêts en cause et les risques visés	9
1. Les intérêts protégés	9
a. La protection des tiers	9
b. La garantie du service public et l'intérêt financier de l'Etat	16
2. Les risques en présence	19
a. L'origine des risques : une activité ou un état de choses	19
b. Les risques et leur fonction en surveillance	25
II. Les moyens de protection de l'intérêt public	29
1. Le caractère permanent de la surveillance	29
a. Le contrôle préalable	29
b. Le contrôle subséquent	34
2. L'intervention ponctuelle de l'autorité	38
a. L'irrégularité	38
b. Les limites mises à la prévention et à la répression des irrégularités	42
§ 2. Les catégories de surveillance	46
I. La haute surveillance et la surveillance	46
1. Quelques rappels sur la haute surveillance	47
a. Les types de haute surveillance	47
b. Les critères de distinction	48

2.	La mise en œuvre de la haute surveillance	51
a.	Les pouvoirs de l'autorité	51
b.	L'inspection dans les cantons et communes, l'enquête parlementaire et les auxiliaires	52
II.	La surveillance interne et la surveillance externe	55
1.	La surveillance au sens étroit en général	56
a.	Les types de surveillance au sens étroit	56
b.	Le critère de distinction	59
2.	La mise en œuvre de la surveillance interne	64
a.	La surveillance hiérarchique, la surveillance de la gestion financière et leurs auxiliaires	64
b.	L'enquête administrative (et disciplinaire) et son auxiliaire	68
<b>Chapitre II :</b>	<b>La procédure de surveillance</b>	<b>75</b>
§ 3.	Les intervenants dans la procédure de surveillance	75
I.	L'administré surveillé	75
1.	La qualité d'administré surveillé	75
a.	Les hypothèses légales	75
b.	Les enseignements	82
2.	Les obligations usuelles de l'administré surveillé	85
a.	L'obligation d'annoncer	85
b.	L'obligation de faire rapport	90
II.	L'autorité de surveillance	93
1.	La qualité d'autorité administrative	93
a.	Les hypothèses légales	93
b.	Les enseignements	97
2.	Les pouvoirs de l'autorité de surveillance	101
a.	Un essai de systématisation	101
b.	La notion de puissance publique	109
III.	L'auxiliaire de surveillance (renvoi)	112
§ 4.	Le déroulement de la procédure de surveillance	113
I.	L'acte d'assujettissement	113
1.	L'autorisation de police et les actes analogues	113
a.	La qualification juridique	113
b.	Le régime juridique	118
2.	Les autres actes d'assujettissement	122
a.	La concession	122
b.	L'octroi d'une subvention	124
II.	Le rétablissement de la situation légale	126
1.	L'intervention de l'autorité	126
a.	Les actes affectant l'assujettissement	126
b.	Les actes n'affectant pas l'assujettissement	139
2.	L'intervention d'un tiers	147
a.	L'intervention d'un tiers dans la contrainte administrative	147
b.	L'intervention d'un tiers dans l'exécution forcée pécuniaire	150

<b>Deuxième partie : L'auxiliaire dans la procédure de surveillance</b>	<b>155</b>
<b>Chapitre I : La qualification d'auxiliaire de surveillance</b>	<b>157</b>
§ 5. Les caractéristiques générales de l'auxiliaire	157
I. Une personne ou une entité privée	157
1. L'auxiliaire en tant que sujet de droit privé	157
a. En général	157
b. Les cas de figure	158
2. L'auxiliaire face à la fonction publique	161
a. L'auxiliaire face aux membres de la fonction publique	161
b. L'auxiliaire face aux organes de la fonction publique	163
II. Les délimitations	165
1. L'auxiliaire par rapport à l'autorité de surveillance	165
a. En général	165
b. La qualité de spécialiste	168
2. L'auxiliaire face aux autres intervenants dans la procédure	171
a. L'auxiliaire face à l'administré surveillé	171
b. L'auxiliaire face au tiers protégé par la réglementation	174
§ 6. L'auxiliaire : le délégataire d'une tâche publique	175
I. La délégation administrative	175
1. La notion de délégation	175
a. En général	175
b. Le délégataire et l'auxiliaire	178
2. Les conditions préalables à la délégation administrative	182
a. L'exigence de base légale	182
b. L'existence d'un motif suffisant	187
c. Le respect des principes de l'activité administrative	190
3. Les conditions légales de la délégation administrative	192
a. L'indépendance et l'impartialité	192
b. Les conditions légales supplémentaires	202
4. La délégation dans la procédure de surveillance	205
a. Les conséquences de procédure	205
b. Les délégations multiples	207
II. La tâche publique dans la surveillance	211
1. La notion de tâche publique	211
a. La qualification	211
b. Les catégories	217
2. Les tâches publiques de l'auxiliaire	219
a. La qualification	219
b. Les catégories	221
§ 7. Les catégories d'auxiliaires	225
I. L'auxiliaire et son intervention dans la procédure	225
1. L'auxiliaire contingent	226
a. Les auxiliaires investis d'une tâche d'instruction	226

b.	Les auxiliaires investis d'une tâche d'instruction et d'exécution	229
2.	L'auxiliaire nécessaire	233
a.	Les auxiliaires nécessaires en général	234
b.	Le laboratoire d'essais et l'organisme d'évaluation de la conformité	239
c.	La société d'audit	242
3.	L'intérêt de la distinction	248
a.	La légalité de la délégation	248
b.	La forme juridique de la délégation	251
II.	L'auxiliaire et le pouvoir de décision	252
1.	L'auxiliaire dépourvu du pouvoir de décision	252
a.	Le cadre juridique	252
b.	La qualification des actes de l'auxiliaire	256
2.	L'auxiliaire titulaire du pouvoir de décision	258
a.	Le cadre juridique	258
b.	Les limites du pouvoir de décision de l'auxiliaire	263
<b>Chapitre II :</b>	<b>L'intervention de l'auxiliaire dans la procédure</b>	<b>271</b>
§ 8.	La désignation de l'auxiliaire	271
I.	Les mécanismes de sélection	271
1.	La sélection officielle	271
a.	Le régime procédural	271
b.	Le régime matériel	283
2.	La sélection officieuse	291
a.	La sélection ouverte	291
b.	L'inscription sur une liste	293
II.	Les mécanismes de délégation administrative	297
1.	L'application des règles sur les marchés publics	297
a.	Les notions de marché public et de délégation administrative	297
b.	Les conditions déterminantes pour les auxiliaires	301
2.	La décision de nomination	309
a.	La qualification de la décision	309
b.	La procédure de nomination	315
3.	Le contrat de droit administratif	327
a.	La qualification du contrat	327
b.	La conclusion du contrat et sa validation	336
§ 9.	L'activité de l'auxiliaire	342
I.	Les rapports avec l'autorité	342
1.	Les pouvoirs de l'autorité	342
a.	L'intervention de l'autorité avant l'exécution de la tâche publique	342
b.	L'intervention de l'autorité en cours d'exécution de la tâche publique	348

2.	La protection juridique de l'auxiliaire	356
a.	La collaboration administrative	356
b.	Les voies de droit	361
c.	Les droits contractuels	368
II.	Les rapports avec l'administré et les tiers	371
1.	Les pouvoirs de l'auxiliaire	371
a.	L'étendue des pouvoirs de l'auxiliaire	371
b.	Les limites des pouvoirs de l'auxiliaire	388
2.	La protection juridique de l'administré et du tiers	395
a.	La collaboration administrative	395
b.	Les voies de droit	408
c.	Les droits contractuels	417
§ 10.	La fin de l'activité de l'auxiliaire, la rémunération et les sanctions	420
I.	La fin de l'activité	420
1.	La fin de la délégation	420
a.	La fin ordinaire	420
b.	La fin anticipée	425
2.	L'invalidation de l'acte de sélection	434
a.	La révocation de l'autorisation de pratiquer	434
b.	La radiation de la liste et la révocation de l'adjudication	440
II.	La rémunération	441
1.	Le cadre juridique	441
a.	Les frais de la procédure de surveillance	441
b.	Les types de rémunération	444
2.	Le régime juridique	447
a.	Le débiteur des honoraires	447
b.	La fixation des honoraires et leur perception	450
III.	Les sanctions	460
1.	Les sanctions pénales	461
a.	Les infractions envisageables	461
b.	La poursuite et le jugement pénal	466
2.	Les sanctions administratives et disciplinaires	469
a.	Les sanctions administratives	469
b.	Les sanctions disciplinaires	471
<b>Troisième partie : Les obligations de droit public de l'auxiliaire</b>		475
<b>Chapitre I : Les obligations générales</b>		477
§ 11.	L'obligation de fidélité	477
I.	L'indépendance de l'auxiliaire	477
1.	Le maintien de l'indépendance	477
a.	La récusation après la délégation	477
b.	Les actes caractéristiques du défaut d'indépendance	482

2.	Les rapports de droit privé	485
a.	L’admissibilité des rapports de droit privé	485
b.	Le sort des obligations contractuelles, déontologiques et disciplinaires	488
II.	La conciliation des intérêts	491
1.	Les intérêts en présence	492
a.	L’intérêt public lié à la surveillance	492
b.	Les intérêts privés de l’administré et des tiers	494
2.	Les limites	497
a.	Le respect des actes de l’autorité	497
b.	L’interdiction d’un avantage personnel et la sanction pénale	501
§ 12.	L’obligation de diligence	505
I.	La diligence propre à l’auxiliaire	505
1.	Généralités	505
a.	La notion et ses fondements	505
b.	Les critères de la diligence : risque, délais, autoréglementation	507
2.	Les concrétisations de l’obligation de diligence	514
a.	La qualité de l’exécution	514
b.	Les limites de l’intervention des collaborateurs et personnes externes	520
II.	La diligence dans les rapports avec l’autorité et l’administré	527
1.	La protection de la bonne foi	528
a.	Le respect des promesses et l’interdiction du dol	528
b.	L’étendue de la diligence	529
2.	L’obligation d’annoncer	531
a.	Les destinataires de l’annonce	531
b.	L’annonce à l’autorité de surveillance	534
<b>Chapitre II :</b>	<b>Les obligations procédurales</b>	<b>545</b>
§ 13.	L’obligation de faire rapport	545
I.	L’objet	545
1.	Le rapport principal	545
a.	La notion	545
b.	La nature juridique	548
2.	Les documents équivalents	552
a.	Les rapports d’étape et les rapports complémentaires	552
b.	Les modèles préétablis, procès-verbaux et plans d’exécution	555
II.	Le régime de l’obligation de faire rapport	560
1.	Les conditions matérielles	560
a.	Le contenu usuel	560
b.	Les exigences qualitatives	567
2.	Le rapport dans le contexte de la procédure de surveillance	575
a.	Le dépôt du rapport	575
b.	L’appréciation de l’autorité et ses conséquences	581

§ 14. Les obligations annexes	591
I. Les obligations de conserver et de restituer	591
1. L'obligation de conserver en cours d'exécution	592
a. L'objet de l'obligation	592
b. Les cas d'inexécution	597
2. L'obligation de restituer et transférer en fin d'exécution	599
a. L'objet de l'obligation	599
b. Le régime de l'obligation	602
II. L'obligation de garder le secret	604
1. L'objet	604
a. Le secret	604
b. Les autres secrets	608
2. Le régime de l'obligation	611
a. Les rapports avec l'autorité	611
b. Les rapports avec l'administré et le tiers	615
<b>Quatrième partie : La responsabilité pour les actes de l'auxiliaire</b>	619
<b>Chapitre I : Le jeu des responsabilités</b>	621
§ 15. Les régimes de responsabilité de l'auxiliaire	621
I. La responsabilité de droit public	621
1. Le statut d'agent public comme critère de rattachement de la responsabilité	621
a. La notion d'agent public	621
b. Les critères traditionnels de qualification d'agent public	623
c. Le critère déterminant pour la qualification d'agent public	626
2. L'étendue de la responsabilité de droit public	632
a. Les cas d'exclusion de la responsabilité de droit public	632
b. Les limites de la responsabilité de droit public	636
II. La responsabilité de droit privé	639
1. Les régimes de responsabilité de droit privé fondés sur les rapports avec l'administré	639
a. Les responsabilités contractuelle et précontractuelle	639
b. La responsabilité de l'organe et la responsabilité de l'administré du fait de l'auxiliaire	645
2. Les autres régimes de responsabilité de droit privé	654
a. La responsabilité délictuelle	654
b. La responsabilité pour la confiance et pour l'effet protecteur du contrat	657
§ 16. La responsabilité de l'Etat et des institutions indépendantes	662
I. La distinction selon l'auteur de l'acte illicite	662
1. La responsabilité du fait de l'auxiliaire	662
a. La violation d'une obligation de droit public	662
b. Le rôle de l'obligation de diligence	667



2.	La responsabilité du fait de l'autorité de surveillance	669
a.	Le défaut de surveillance en général	669
b.	Le défaut de surveillance dans les rapports avec l'auxiliaire	675
II.	Les mécanismes d'imputation et d'indemnisation	682
1.	La responsabilité exclusive de l'Etat	682
a.	Le cercle des lésés	682
b.	L'action récursoire de l'Etat	683
2.	La responsabilité subsidiaire de l'Etat	687
a.	Le régime général	687
b.	Les régimes spéciaux	693
<b>Chapitre II :</b>	<b>Le système de la responsabilité de l'auxiliaire</b>	<b>707</b>
§ 17.	Les conditions de la responsabilité de l'auxiliaire	707
I.	Les conditions générales	707
1.	Le préjudice	707
a.	Le dommage purement économique	707
b.	Les autres formes de préjudice	711
2.	Le rapport de causalité	715
a.	Le fait de l'auxiliaire	715
b.	Le fait de l'autorité de surveillance, de l'administré et du tiers lésé	718
II.	Les conditions spéciales	721
1.	L'illicéité en général	721
a.	Les critères pertinents	721
b.	L'exclusion de l'illicéité	730
2.	La faute comme condition résiduelle	734
a.	La notion et son champ d'application	734
b.	La faute par rapport aux obligations de fidélité et de diligence	737
§ 18.	La procédure en responsabilité	740
I.	Le déroulement de l'instance	740
1.	Les voies de droit	740
a.	Les voies de droit dans la responsabilité de droit public	740
b.	Les voies de droit dans la responsabilité de droit privé	750
2.	Les effets de la saisine	752
a.	La participation à la procédure	752
b.	Les délais de péremption et de prescription	760
II.	L'étendue de la responsabilité de l'auxiliaire	766
1.	La pluralité des débiteurs	766
a.	La responsabilité primaire et subsidiaire en droit public	766
b.	La solidarité passive en droit privé	769
2.	La réparation du préjudice	772
a.	Les formes et l'étendue de la réparation	772
b.	L'assurance responsabilité de l'auxiliaire	775

---

<b>Conclusion</b>	781
I. La surveillance administrative	781
II. L'auxiliaire dans la procédure de surveillance	782
III. Les obligations de droit public de l'auxiliaire	784
IV. La responsabilité pour les actes de l'auxiliaire	786
<b>Schlussbemerkungen</b>	789
I. Die Verwaltungsaufsicht	789
II. Der Gehilfe im Aufsichtsverfahren	790
III. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Gehilfen	792
IV. Die Haftung für die Handlungen des Gehilfen	793
Table des matières	797
Index alphabétique	807