

La délégation d'activités étatiques au secteur privé

Édité par

Anne-Christine Favre, Vincent Martenet
et Étienne Poltier

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7

SANDRINE BAUME

La délégation : sa rationalité, ses risques et leurs remèdes	9
---	----------

Introduction	9
--------------------	---

I. La rationalité de la délégation	11
A. Les raisons manifestes de la délégation	11
B. Les raisons latentes de la délégation	12
II. Les caractéristiques de la relation de délégation	13
III. Les risques de la relation de délégation	14
IV. Quels remèdes face aux risques de la délégation ?	16
A. La spécification du contrat	16
B. Les mécanismes de sélection	17
C. Les mesures de contrôle	17

Conclusion	18
------------------	----

Bibliographie	20
---------------------	----

MARTIAL PASQUIER

Les critères managériaux de la délégation de services publics	23
--	-----------

Introduction	23
--------------------	----

I. Typologie des organisations en charge de l'exécution de tâches publiques	24
A. Les formes organisationnelles de la délégation et de l'externalisation	24

B. Typologie des organisations chargées de l'exécution des tâches publiques	26
II. Facteurs favorisant et limitant la délégation de services publics	29
A. Les facteurs favorisant la délégation	30
B. Les facteurs limitant la délégation	32
III. Les difficultés rencontrées par la délégation	36
Remarques conclusives	38
Bibliographie	39

FRANÇOIS BELLANGER

Notions, enjeux et limites de la délégation

d'activités étatiques	43
I. Introduction	43
II. Les notions	43
A. Les activités étatiques	43
1. Les activités d'intérêt public	44
a. Les fonctions de puissance publique	44
b. Les fonctions de service public	46
2. Les activités économiques	48
B. La délégation des tâches publiques	50
III. Les enjeux de la délégation d'activités étatiques	52
A. Les tâches ministérielles	54
B. Les prestations à caractère monopolistique	55
C. Les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	55
D. Les prestations fournies sur le marché	56
E. Les prestations internes de l'administration	56
IV. Les limites de la délégation	57
A. Les limites juridiques	57
1. La base légale	57
2. L'intérêt public	58
3. La spécialité	59

4. La surveillance	60
B. Les modes usuels de la délégation	61
1. Le concessionnaire	61
2. Le délégataire	62
3. L'auxiliaire	62
C. Les relations entre la personne privée chargée d'exécuter une tâche publique et les citoyens	63
D. Le contentieux	63
1. Du point de vue des entités de droit privé	63
2. Du point de vue des administrés	64
a. La personne privée exerce une tâche publique	65
b. L'entité décentralisée applique le droit privé	65
V. Conclusions	65

MARC-OLIVIER BESSE

L'investiture du délégataire	67
I. Introduction	67
A. La délégation	67
1. La complexité de la notion	67
2. La « Beleihung »	67
B. L'investiture	69
1. La systématique des instruments	69
2. Pour mémoire: la décentralisation	70
3. Le choix du délégataire	70
II. Les instruments de la délégation	71
A. La norme	71
1. La définition et les cas	71
2. La question de la nécessité du consentement du délégataire	73
a. En présence d'une base légale permettant la contrainte	73
b. En l'absence d'une base légale permettant la contrainte	75

3.	Les avantages et les inconvénients de la délégation légale	75
B.	La décision	76
1.	La définition	76
2.	Le rôle de l'administré dans la procédure	76
a.	La question de la nécessité du consentement du délégataire	76
b.	Le droit d'être entendu de l'administré	77
c.	La décision nécessitant le concours de l'administré	77
d.	L'action spontanée de l'administré reconnue comme une tâche publique	78
3.	L'autorisation de police	79
a.	La définition et quelques éléments caractéristiques du régime juridique	79
b.	L'autorisation de police comme instrument de délégation?	80
4.	Les avantages et les inconvénients de la délégation par voie de décision	82
5.	Quelques exemples	83
C.	Le contrat	84
1.	La définition et le régime	84
2.	Les institutions voisines	85
a.	Le mandat de prestations	85
b.	Le contrat extra-légal	87
3.	L'admissibilité	87
4.	Le contenu du contrat	89
5.	Les avantages et les inconvénients de la délégation contractuelle	90
D.	La concession	91
1.	La définition et les types de concessions	91
2.	Le régime de la concession	92
3.	La concession de service public	94
4.	Quelques exemples	97
E.	Le choix de l'instrument	98

III. Le choix du délégataire	99
A. L'absence de choix	99
B. La nécessité d'un choix	100
C. La liberté de choix et ses limites	101
1. La liberté de choix	101
2. Les exigences posées par la loi	102
3. Les principes qui encadrent la liberté de choix de l'autorité	104
a. L'intérêt public	105
b. L'égalité de traitement	106
c. La prohibition de l'arbitraire	107
D. Le processus de choix	107
1. Le droit des marchés publics	108
a. La procédure	108
b. Le champ d'application	108
c. Les lois spéciales	110
2. La loi sur le marché intérieur	110
3. Les lois spéciales	111
4. Les situations où la loi est muette	112
a. En lien avec les tâches économiques	112
b. En lien avec les tâches non économiques	113
E. Le contentieux	114
1. En matière de délégation légale	114
a. L'acte attaqué	114
b. La qualité pour recourir	114
2. En matière de délégation par voie décisionnelle	115
3. En matière de délégation par voie contractuelle	115
a. La problématique de l'acte attaqué	115
b. La problématique de la qualité pour recourir	117
c. Les autres questions	117
4. En matière de délégation par la voie de la concession	117
Bibliographie	119

VINCENT MARTENET

Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux	123
I. Introduction	123
II. Le critère de la tâche de l'Etat	124
A. L'intérêt public	125
B. Le mandat constitutionnel ou légal	126
C. Le fait d'assumer une tâche	130
D. Les critères non décisifs	131
III. Les relations avec les bénéficiaires de la tâche	134
IV. Les relations avec d'autres personnes	135
V. Le délégataire en tant que titulaire des droits fondamentaux	138
VI. Conclusion	140
Bibliographie	141

ANNE-CHRISTINE FAVRE

La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel »	145
I. Introduction	145
A. Perspectives du thème	145
B. Notions et délimitations	149
1. Notions	149
2. Délimitations	151
C. Les personnes privées chargées d'une tâche publique	153
II. Les activités ministérielles déléguables	155
A. Le cadre posé par la constitution et la loi	155
1. La notion de tâche de l'administration au sens de l'article 178, alinéa 3, Cst.	155
a. Les tâches exécutives	156
b. Les tâches législatives	156
c. Les tâches judiciaires	159

2. Les tâches « ministérielles » ou à caractère non économique.....	161
a. Le critère lié à l'absence d'un monopole	161
b. Les critères liés aux attributs de la puissance publique	163
c. L'enjeu de la définition	168
d. Synthèse	168
3. Les tâches auxiliaires	169
B. Des tâches non déléguables?	170
III. Les conditions et caractéristiques de la délégation d'une activité ministérielle	172
A. L'exigence de la base légale	172
1. En cas de délégation de tâches de l'Etat à caractère ministériel	173
2. Le transfert de tâches auxiliaires	175
3. La sous-délégation	179
B. Les caractéristiques	179
1. L'exécution des tâches à son propre nom	179
2. La rémunération	179
3. La nature juridique des relations avec les tiers	180
4. La délimitation de la mission	181
5. Autres conditions	182
IV. Surveillance et responsabilité	182
A. Surveillance	182
1. La garantie de surveillance de l'Etat et ses modalités organisationnelles	182
2. Les moyens	185
B. Responsabilité	186
V. Remarques conclusives	187
Bibliographie	189

ETIENNE POLTIER

Délégation d'activités économiques de l'Etat	193
I. Introduction	193
II. Généralités	194
A. Classification des activités étatiques	194
1. Généralités	194
2. L'administration restrictive et l'administration de prestation	195
3. La couverture des besoins courants de l'administration (Bedarfsverwaltung; ou <i>Hilfsgeschäfte</i>)	195
4. Les activités économiques de l'Etat (<i>wirtschaftende Verwaltung</i>)	196
B. Le caractère économique ou non des activités de l'Etat	197
1. Admissibilité des activités économiques de l'Etat	198
2. Les enjeux	199
3. Critère(s?) permettant d'opérer la distinction entre les activités économiques et non économiques de l'Etat	201
a. Le droit européen	201
b. Le droit suisse. Transposition de l'approche européenne?	203
4. Illustrations	205
C. Le recours au secteur privé	207
D. La délégation	207
E. Délégation et marché public	211
1. Délégation de tâches administratives	212
a. Les auxiliaires	212
b. La délégation de tâches administratives	213
2. Délégation de tâches économiques et marchés publics	216
a. En droit suisse	216
b. En droit de l'UE	217
c. La révision en cours du droit suisse des marchés publics	218

III. La concession (d'une tâche publique)	219
A. Cadre général. Exemples	219
1. Lien avec l'existence d'un monopole	219
2. Exemples	222
B. La notion de concession; avantages et principales caractéristiques	223
1. Remarques liminaires	223
2. La nature juridique de la concession	224
3. Les éléments de la relation concessive	225
4. Le régime juridique applicable aux relations entre le concessionnaire et les usagers ou les tiers	226
IV. Autres mécanismes	228
A. Le régime applicable aux hôpitaux dans l'assurance-maladie sociale	229
1. Le contexte	229
2. L'« admission » des hôpitaux	230
3. Appréciation	230
B. La gestion des réseaux dans le domaine de la fourniture d'électricité	231
1. Généralités	231
2. Les gestionnaires de réseau	232
3. La Société nationale du réseau de transport (Swissgrid)	234
C. Solutions contractuelles	234
V. Remarques finales	235
Bibliographie	236

La délégation d'activités étatiques:

l'exemple de la planification hospitalière	241
I. Introduction	241
II. Contexte	242
A. La fourniture en soins de base comme activité de l'Etat	242
B. Fondements de la planification hospitalière	243
1. Fondements constitutionnel et légal	243
2. LAMal: cadre légal général	244
a. La 3 ^e révision de la LAMal	244
b. La planification hospitalière	244
c. Le financement hospitalier	246
d. Le libre choix de l'hôpital et l'obligation d'admission	247
3. La répartition des compétences en matière de planification hospitalière	247
4. But de la planification hospitalière	250
III. La délégation de la fourniture en soins hospitaliers de base	251
A. Déroulement et critères de planification hospitalière	252
1. Cadre général	252
2. Bases légales fédérales et mise en œuvre cantonale	253
3. Déterminer les besoins	255
a. Règles de l'OAMal	255
b. Pratiques cantonales	256
4. Evaluer et fixer l'offre	257
a. Règles de l'OAMal	257
b. Règles cantonales	260
c. Soumission aux règles des marchés publics?	261
5. Etablir la liste et les mandats de prestations	262
a. Règles de l'OAMal	262
b. Règles cantonales	262
6. Réexamen périodique	263
7. Excursus: Aspects procéduraux	264

a.	Le droit d'être entendu	264
b.	Les voies de droit	266
B.	Le mandat de prestations au regard de la question de la délégation	268
1.	L'activité étatique	268
a.	Activité économique ou non économique?	268
b.	Monopole?	270
2.	L'acte de délégation	270
a.	Le mandat de prestations selon le droit fédéral	270
b.	Processus de fixation et contenu du mandat de prestations	271
c.	La qualification du mandat de prestations	272
C.	Le régime de la responsabilité: aperçu	274
IV.	Conclusion	276
	Bibliographie	278

JEAN-BERNARD AUBY

**Quelques considérations comparatives autour
du droit suisse de la délégation d'activités étatiques** 285

I.	Le champ de la délégation d'activités étatiques	289
A.	Activités déléguables et activités non déléguables	289
B.	Le régime de la décision de déléguer ou de ne pas déléguer	292
II.	L'institution de la délégation d'activités étatiques	292
A.	Modalités formelles	292
B.	L'encadrement du choix du délégataire	294
III.	Le régime de l'activité déléguée	296
A.	Droit public ou droit privé?	296
B.	La vie de la délégation	297
C.	Le respect des droits fondamentaux	300
	Bibliographie	302