

Note au sujet de l'arrêt **2P.137/2005**:

Les communes sont-elles condamnées à exercer leur puissance publique y compris contre leur volonté?

Les communes sont-elles condamnées à exercer de manière constante leur puissance publique même si elles ne le souhaitent pas? C'est ce que l'on pourrait penser à lecture de l'arrêt **2P.137/2005** du Tribunal fédéral, arrêt qui nous laisse quelque peu perplexe. Dans son résultat, la solution de la Haute cour nous semble tout à fait justifiée. S'agissant du licenciement d'un fonctionnaire communal, soit d'une personne placée dans un rapport de puissance publique, et dont le statut est régi par le droit public, il est normal que s'appliquent tous les principes généraux régissant l'activité administrative, comme par exemple le droit d'être entendu<sup>1</sup>, la proportionnalité ou le droit à l'égalité de traitement y compris dans l'illégalité<sup>2</sup>. Où le Tribunal fédéral devient pour nous plus difficile à suivre, c'est lorsqu'il affirme sans nuance qu'*une collectivité publique doit respecter les principes constitutionnels qui régissent toute activité administrative (art. 5 et 29 Cst.), quand bien même elle soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable (et non pas seulement applicable à titre de droit public cantonal supplétif)*<sup>3</sup>. Cette affirmation, seul passage de l'arrêt qui n'est étayé par aucune référence, a de quoi laisser songeur puisqu'elle revient à affirmer qu'une commune ne pourrait exercer qu'une activité administrative<sup>4</sup>; nous estimons que tel n'est pourtant clairement pas le cas.

#### 1. La qualification de la relation Etat-subordonné

Le point de savoir comment qualifier le contrat liant une autorité et un employé au sens large a donné lieu depuis longtemps à de vifs débats dans la doctrine et la jurisprudence. On trouve dans la doctrine des opinions variées. Pour certains auteurs, la nature des tâches étatiques imposerait une réglementation différente du CO, permettant de mettre à charge des agents de l'Etat des obligations particulières<sup>5</sup>. D'autres affirment que le droit public exclut implicitement le recrutement sur la base du droit privé de personnes susceptibles d'être nommées aux conditions légales, pour des raisons d'égalité de traitement, les contrats de droit privé étant réservés aux personnes qui ne peuvent pas être nommées<sup>6</sup>. Pour d'autres encore, le renvoi, dans des contrats dits «de droit privé», à certaines règles des statuts de la fonction publique ne permet guère l'application pure du CO qui doit, dans cette situation, plutôt être considéré comme du droit public supplétif<sup>7</sup>. Enfin, pour certains, c'est l'existence d'une base légale claire et univoque qui serait la condition absolue pour la soumission au droit privé d'un rapport de travail dans la fonction publique<sup>8</sup>. Le Tribunal fédéral, examinant la nature des rapports juridiques entre les hôpitaux publics et leurs médecins, a considéré qu'il était douteux que les cantons puissent, de manière générale, soumettre ces rapports au droit privé, postulant dans tous les cas la nécessité d'une base légale claire<sup>9</sup>. Plus récemment, s'agissant d'une employée engagée par une commune par contrat de droit privé et jamais nommée, le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours en réforme, a jugé les conséquences d'un licenciement et la responsabilité de l'employeur sur la base du seul droit privé, à l'exclusion de toute norme de droit public<sup>10</sup>. Il en a fait de même pour qualifier le contrat d'une boursière communale au bénéfice d'un contrat de droit privé (dont la qualification avait été contestée), relevant que c'était à bon droit que le Tribunal administratif vaudois<sup>11</sup> avait décliné sa compétence<sup>12</sup>, et confirmant toutes les conséquences de procédure civile qui découlaient de cette qualification<sup>13</sup>. Plusieurs cantons ont examiné la question, avec des solutions diverses<sup>14</sup>.

Ainsi le Tribunal administratif neuchâtelois a estimé que le droit public s'appliquait sauf en présence de rapports spécifiques ou limités dans le temps, mais pour des motifs liés au droit neuchâtelois; l'autorité rappelait par ailleurs le droit de principe des collectivités de soumettre un engagement au droit privé<sup>15</sup>.

La cour de cassation civile neuchâteloise a parfois admis la possibilité d'un engagement de droit privé<sup>16</sup>, parfois confirmé l'application du droit public nonobstant les termes du contrat<sup>17</sup>. La Cour constitutionnelle du canton du Jura a jugé que la collectivité publique n'était pas libre de soumettre ses employés à un rapport de travail de droit privé dont l'objet consiste en la réalisation de tâches étatiques et publiques<sup>18</sup>.

Le tribunal administratif vaudois distingue en fonction du lien de subordination, lequel impose l'application du droit public lorsqu'il est particulièrement étroit et exige notamment la soumission à des sanctions disciplinaires<sup>19</sup>.

La Cour civile du canton de Vaud a pour sa part admis sans autre l'application du droit privé pour juger les conséquences de la résiliation d'un contrat entre une commune et une employée à son service depuis quinze ans<sup>20</sup>. Il n'est enfin pas inintéressant de noter que le législateur fédéral, tout en créant une loi sur le personnel fédéral classée dans les normes de droit public, a réservé dans certains cas la possibilité de soustraire complètement l'employé à la LPers et d'appliquer le seul CO, compétence étant donnée aux tribunaux civils de trancher les éventuels litiges<sup>21</sup>. Les opinions qui précèdent ont malgré leur variété toutes un point de convergence: s'il ne se trouve personne pour affirmer que la soumission au droit privé d'un rapport de travail dans la fonction publique devrait être la règle, tous les auteurs et tribunaux admettent qu'il peut y avoir des cas où le droit privé est strictement applicable.

## 2. Les conséquences de la qualification juridique

### 2.1. Rapport entre qualification et droit de procédure applicable

Il découle de ce qui précède que l'autorité judiciaire peut cas échéant requalifier un «contrat de droit privé» passé entre une autorité et un employé et considérer que le CO auquel il est fait référence s'applique non en tant que norme de droit privé fédéral mais à titre de droit public cantonal supplétif. Comme le relève Steffen<sup>22</sup>, «qui dit décision administrative dit droit d'être entendu»; en d'autres termes, l'existence d'une décision à caractère formel même dans un rapport dont la qualification n'est pas précisée entraîne de plein droit l'application des principes généraux du droit public. En revanche, les considérations susmentionnées ne permettent en aucun cas de conclure que les rapports entre une collectivité publique et un employé seraient de manière systématique soumis aux principes généraux du droit public. A cet égard, force est de constater que l'affirmation sans nuance de la Haute cour dans l'arrêt ici critiqué paraît en contradiction directe avec la motivation des arrêts antérieurs précités<sup>23</sup>. Au vu de ces jurisprudences, on ne comprend guère pourquoi le Tribunal fédéral affirme aujourd'hui que les principes régissant l'activité administrative seraient toujours applicables aux rapports de droit privé. En d'autres termes, il ne faut pas entretenir de confusion entre la requalification par le juge d'un contrat de droit privé en rapports de service au sens du droit public, susceptible d'entraîner l'application des règles du droit public, et l'application généralisée des principes du droit public aux rapports de droit privé<sup>24</sup>. Nous avons mentionné plus haut l'opinion de Steffen pour qui l'art. 35 Cst imposerait l'application des principes constitutionnels dans toutes les relations étatiques. Cette affirmation repose sur une confusion entre l'action de l'Etat, parfois représenté par ses agents, à l'égard des administrés, et le rapport entre l'Etat et ses agents envers qui l'Etat «n'assume» pas «une tâche étatique» au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. L'interprétation de Steffen nous paraît clairement contraire à la volonté du constituant, pour qui les débiteurs des droits fondamentaux étaient les organes chargés de représenter les collectivités publiques et non les collectivités publiques à l'égard de leurs organes<sup>25</sup>.

Comme l'indique Moor, la relation Etat-administré doit être distinguée de la relation Etat-employé, ce qui a pour conséquence que le fait qu'un pouvoir de puissance publique soit exercé dans la première des relations n'a pas de raison d'influencer les modalités de l'autre relation<sup>26</sup>.

### 2.2. Incohérence et limites du «tout administratif»

L'affirmation du Tribunal fédéral ici critiquée repose sur le postulat que la commune exercerait en permanence une activité administrative, et qu'ainsi chacun des actes d'une collectivité publique serait de nature décisionnelle. Nous avons montré ci-dessus que cette position ne trouve appui ni dans la loi ni dans la jurisprudence même de la Haute cour. Il faut encore examiner les conséquences qu'aurait une telle position.

a) Imaginons une commune consultant avocat par le biais d'un contrat de mandat pour la conseiller sur diverses mesures administratives à prendre. Si l'on admettait que la qualification du contrat est sans importance pour

l'application des principes constitutionnels régissant l'activité administrative, voire que la nature de l'activité ainsi exercée (le mandat est destiné à améliorer la qualité des décisions administratives à prendre par la commune) impliquerait l'application de tous les principes constitutionnels<sup>27</sup>, on devrait alors admettre que la commune qui souhaiterait résilier le mandat de l'avocat, au lieu de le pouvoir faire en tout temps (art. 404 CO), devrait procéder au préalable à une audition de son conseil ou à tout le moins l'inviter à se déterminer par écrit sur la future rupture du mandat avant toute décision, sous peine de voir la décision de résiliation annulée pour violation du droit d'être entendu; il serait intéressant de voir comment la Haute cour concilierait en pareil cas le droit d'être entendu, d'une part, et le droit impératif des parties de mettre en tout temps un terme au mandat, d'autre part, sachant que le Tribunal fédéral considère que la renonciation anticipée au droit de résilier est toujours nulle<sup>28</sup> et qu'une clause pénale en cas de résiliation est illicite parce qu'elle constitue une entrave à ce droit, lequel doit pouvoir s'exercer dès que le rapport de confiance est détruit<sup>29</sup>.

b) Traditionnellement, l'on admet que le statut des fonctionnaires (y compris communaux) est la contrepartie du rapport de puissance publique auquel ils sont soumis. Contrairement à l'employé, partenaire contractuel de l'employeur (abstraction faite de la situation économique des parties), le fonctionnaire se trouve dans une situation hiérarchique inégalitaire à l'égard de la collectivité publique dont il dépend. Il est soumis aux décisions d'une autorité administrative, même rétroactives<sup>30</sup>, là où l'employé peut s'opposer à toute modification unilatérale de son contrat, et doit à l'Etat-employeur une plus grande fidélité que le salarié du privé. C'est la raison pour laquelle le fonctionnaire a besoin d'une protection accrue par rapport à l'employé<sup>31</sup>. Il n'y a donc pas de raison de faire bénéficier l'employé d'une commune soumis à un véritable rapport de droit privé des mêmes garanties que le fonctionnaire, le droit privé assurant aux parties au contrat de travail une égalité juridique inconnue dans le rapport de droit public. Admettre le contraire reviendrait à postuler que l'Etat, garant des principes constitutionnels au nombre desquels figure l'égalité de traitement, devrait de manière systématique et institutionnelle traiter de manière identique tous ceux qui sont liés à lui par un rapport de travail au sens large, sans égard aux contraintes spécifiques de la relation. Or traiter différemment des situations semblables ou également des situations différentes constituent précisément des violations du principe d'égalité que l'Etat se doit d'appliquer.

c) En droit vaudois, le principe de l'autonomie communale est inscrit à l'art. 139 Cst./VD, qui prévoit que les communes disposent d'autonomie, en particulier dans la gestion de l'administration de la commune et précise que, dans ce domaine, la surveillance de l'Etat est limitée à la légalité (art. 140 al. 1 Cst./VD). L'étendue de l'autonomie communale est fixée en particulier par la loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes (LC/VD), notamment par son art. 2 qui détermine les attributions et les tâches propres des autorités communales, parmi lesquelles se trouvent l'organisation de l'administration communale (art. 2 al. 2 lettre a LC/VD). Selon l'art. 4 al. 1 chiffre 9 LC/VD, le conseil général ou communal délibère sur le statut des fonctionnaires communaux et la base de leur rémunération. D'après l'art. 42 chiffre 3 LC/VD, entrent dans les attributions de la municipalité, la nomination des fonctionnaires et employés de la commune, la fixation de leur traitement et l'exercice du pouvoir disciplinaire. Selon le Tribunal fédéral, on peut en déduire que les communes vaudoises jouissent d'autonomie pour régler sur une base de droit public les rapports de travail de leurs fonctionnaires<sup>32</sup>; on doit également en déduire, toujours selon la Haute cour, que les communes vaudoises peuvent soumettre au droit privé les rapports de travail de leurs employés, faute de quoi la distinction opérée par la LC/VD entre employés et fonctionnaires n'aurait strictement aucun sens<sup>33</sup>.

Mais si la soumission au droit privé n'en a pas les conséquences, la distinction dont le Tribunal fédéral souligne l'importance devient purement formelle et perd toute portée : ce n'est pas tant le contenu matériel du droit de la fonction publique qui est en cause, les communes ayant toute latitude pour créer leurs propres règles<sup>34</sup>, mais les règles incontournables de procédure liées au droit public.

### 3. Conclusion

Nous ne nous posons pas en défenseur à tout crin du libéralisme sauvage dans les administrations publiques.

Avec raison, auteurs et tribunaux rappellent que la situation particulière de certains - voire de nombreux - rapports de service justifient le recours au droit public et non au droit privé. Cela posé, admettre dans certains cas qu'un rapport est réellement soumis au droit privé en exigeant l'application des règles de droit public revient à nier l'applicabilité du droit privé, ce qui constitue un non-sens. Nous estimons donc que l'affirmation du Tribunal fédéral selon laquelle les principes régissant l'activité administrative s'appliqueraient également aux stricts rapports

de droit privé est erronée et repose sur une confusion entre la requalification parfois nécessaire d'un contrat «de droit privé» qui n'en remplit pas les conditions et l'application du droit public à tous les rapports juridiques liant toutes les collectivités publiques. Lorsque le juge, après examen d'un contrat, en a confirmé la nature privée, il n'y a plus de place pour l'application des principes régissant l'activité administrative, cette dernière faisant alors défaut.

*Olivier Subilia, docteur en droit, avocat*

1. Arrêt [2P.137/2005](#); arrêt [2P.46/2006](#) consid. 4.
2. Arrêt [2P.69/2004](#) consid. 3.4.
3. Arrêt [2P.137/2005](#) consid. 3.2.
4. Pour Gabrielle Steffen, Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique: juste une question de procédure?, in: RJN 2005 pp. 49 ss, p. 56, cette interprétation découlerait de l'art. 35 Cst. Nous verrons ci-après ce qu'il faut penser de cette affirmation.
5. Thierry Tanquerel, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale, in: Fonction publique: vers une privatisation? Journées de droit administratif des 4 et 5 mars 1999, Zurich 2000, pp. 22 s. et les références.
6. André Grisel, Traité de droit administratif, tome 1, Neuchâtel 1984, p. 477.
7. Pierre Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, p. 208. C'est du reste le système de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers), art. 6 al. 2.
8. Andreas Auer, Le statut de la fondation Pèrène et de son personnel, RJJ 2001 p. 198.
9. ATF [118 II 213](#).
10. Arrêt [4C.343/2003](#).
11. Arrêt GE.2001.0002 du 3 avril 2001.
12. Arrêt [4C.201/2005](#).
13. Arrêt [4P.329/2005](#).
14. On trouve une série d'arrêts cantonaux chez Moor, op. cit., p. 208.
15. RJN 1998 p. 199; voir également RJN 1997 p. 214 et les références.
16. RJN 2000 p. 126.
17. Arrêt 2003.26 du 19 août 2003.
18. RJJ 1999 p. 85.
19. RDAF 1995 479.
20. Arrêt M. c. Commune de V. du 28 février 2003 (CT98.001050).
21. Art. 6 LPers: Al. 6. Dans des cas particuliers dûment justifiés, l'employeur peut soumettre des employés au CO.Al. 7. En cas de litige découlant des rapports de travail du personnel soumis au CO, les tribunaux civils sont compétents.

22. Op. cit., p. 53.

23. Arrêts 4C.343/2003, 4C.201/2005 et 4P.329/2005.

24. Relevons à ce propos la remarque de Moor, pourtant très favorable à une application généralisée du droit public (op. cit., p. 209): «que le droit privé s'applique en tant que tel ou à titre de droit public supplétif ne changera rien matériellement».

25. FF 1997 I 194.

26. Op. cit., p. 209; dans le même sens voir Liliane Subilia-Rouge, La nouvelle LPers: quelques points de rencontre avec le droit privé du travail, in: RDAF 2003 289 ss, p. 290.

27. Ce qui correspond à la position implicite de Steffen relative à l'art. 35 Cst.

28. ATF 117 II 466.

29. ATF 104 II 108.

30. ATF 119 Ia 254.

31. Voir en ce sens les propos de Kaspar Villiger in BOCE 2000 p. 76; voir également Moor, op. cit., p. 204.

32. Arrêt 2P.163/2005 consid. 4.1; 2P.177/2001 consid. 2.2 et les références citées.

33. Arrêt 2P.149/2006.

34. Voir note 24.