

Introduction

I. L'objet de la thèse et ses délimitations

La présente étude a pour thème l'« auxiliaire de surveillance » ; l'expression désigne, de manière toute générale, la personne ou l'entité, en principe privée, qui intervient dans une procédure de surveillance. C'est du point de vue de cette personne ou entité et de la fonction qu'elle exerce que sera conduite l'analyse juridique ; une telle approche impose des délimitations de deux ordres :

- Cet ouvrage est une thèse de droit administratif général suisse, fédéral et cantonal, qui s'autorise quelques emprunts aux droits français et allemand. (1) Il porte principalement sur des questions de droit public – à cette réserve près que, même si « *tout devient droit public* »¹, les règles et principes du droit privé n'y sont pas ignorés, parce qu'ils s'appliquent à l'auxiliaire comme personne ou entité privée ou fournissent des solutions qui lui sont transposables. (2) L'analyse se veut générale et dogmatique : elle s'efforce de prendre en compte, par-delà les différents domaines administratifs, un grand nombre d'hypothèses légales ou de cas pratiques qui impliquent un auxiliaire, puis de les classer dans un ordre systématique² ; le droit bancaire et financier a une place de choix, car le recours aux auxiliaires y est particulièrement développé et la pratique qui y est suivie a donné lieu, au moins à partir des années quatre-vingt-dix, à une production doctrinale et jurisprudentielle plus abondante qu'ailleurs. (3) Tant le droit fédéral que le droit cantonal, voire communal, instituent des auxiliaires et ceux-ci peuvent prêter la main aussi bien à des autorités fédérales que cantonales, voire communales ; comme il n'est ni possible ni rationnel de passer en revue toutes les réglementations cantonales, il sera surtout question des auxiliaires des autorités fédérales et, plus accessoirement, des autorités fribourgeoises et jurassiennes. (4) Le régime juridique de l'auxiliaire est intimement lié aux spécificités de la procédure administrative suisse, à telle enseigne qu'il rend parfois hasardeuse une étude comparative ; de précieuses leçons peuvent néanmoins être tirées des droits français et allemand : soit qu'ils prévoient le recours à un auxiliaire de surveillance (ex. : en droit français l'enquêteur, l'administrateur provisoire et le liquidateur de l'Autorité des marchés financiers [art. L621-9-2 al. 1 ch. 2 et al. 2 et art. L612-39 al. 1 ch. 4, 5 et 7 du Code monétaire et financier]) ; soit qu'ils offrent des réponses circonstanciées à des ques-

¹ RIPERT, p. 37, qui précise que la formule a été employée pour la première fois par PORTALIS dans son Discours préliminaire du premier Code civil.

² Pour cette finalité de la dogmatique juridique, cf. HASSEMER, p. 12.

tions que suscite aussi en droit suisse l'intervention d'un auxiliaire (ex. : en droit allemand, la responsabilité de l'expert envers les tiers³ ou le statut juridique des experts délégués à la surveillance des installations dans la protection des eaux⁴).

- La thèse est focalisée sur l'auxiliaire et sa fonction dans la procédure. Elle n'a pas pour objet l'ensemble des titulaires d'une tâche publique (ex. : entreprises publiques, bénéficiaires de subvention etc.) ni n'aborde les différentes formes de décentralisation et privatisation. Elle ne traite pas des questions techniques qui s'attachent à l'activité concrète des auxiliaires (ex. : interfaces entre les sous-systèmes en matière d'installation de transport par câbles sur lesquelles doit se prononcer l'expert [art. 29 al. 1 let. b OICa]). Elle n'examine pas davantage les questions juridiques qui ne se posent pas directement dans la procédure de surveillance (ex. : devoirs du conseil d'administration envers les actionnaires d'une société d'audit financière).

II. L'objectif de la thèse et son intérêt

- 2 La présente étude vise à identifier précisément les personnes et entités privées dont l'intervention dans une procédure de surveillance est prévue par les réglementations fédérales ou cantonales et propose de faire un exposé aussi systématique que possible du régime juridique auquel elles sont assujetties en tant qu'auxiliaires de surveillance. En ce sens, la notion d'auxiliaire est une construction juridique (partiellement reçue dans la dogmatique administrative) : fondée sur un acquis réglementaire existant, mais disparate, elle s'intègre dans un système plus vaste qui est celui de la surveillance⁵.
- 3 L'intérêt qu'il y a à analyser juridiquement l'auxiliaire procède de deux constats :
 - Le recours à un auxiliaire est une tradition bien établie en Suisse et va sans doute s'amplifier à l'avenir (comme la délégation de tâches publiques en Allemagne⁶) ; les autorités confient des tâches publiques à des personnes et entités privées en Suisse depuis si longtemps qu'on a pu y voir un principe d'organisation administrative⁷ ou, mieux, une composante du principe de subsidiarité (art. 5a Cst.). Les mécanismes de surveillan-

³ Pour une étude détaillée, cf. la thèse de BÜTNER citée dans la bibliographie.

⁴ Pour une étude détaillée, cf. l'article de BREUER cité dans bibliographie.

⁵ Pour la notion de construction juridique, cf. LARENZ, p. 442.

⁶ De manière générale, cf. BURGI, NZBau 2002, p. 61, HEINTZEN, VVDStRL 2002, p. 241, KIEFER, LKRZ 2009, p. 441, MAURER, § 23 n° 56 et SCHMIDT AM BUSCH, DÖV 2007, p. 533. Pour la délégation de tâches publiques de surveillance en droit de l'environnement allemand, cf. BREUER, *Mélanges Rengeling*, p. 17.

⁷ BRUNNER, *Kommentar*, art. 43 LPE n° 1 et références.

ce se développent et, en conséquence, le recours à un auxiliaire se généralise. A titre d'exemples, on peut citer le fait que la révision de la LPP a pour but de renforcer la surveillance et la haute surveillance⁸, que le Service d'accréditation suisse bénéficie, depuis 2003, d'un réseau 400 experts externes pour mener à bien sa tâche⁹, que les autorités administratives peuvent depuis 2007 solliciter les services d'un médiateur (art. 33b al. 2 et 3 PA [RS 172.021, note n° 56]) ou que les autorités d'exécution en matière d'assurances sociales sont en droit d'engager des détectives privés afin de prévenir et déceler les abus¹⁰. Pourtant, ces questions ont été abordées jusqu'à maintenant dans le cadre étroit d'un domaine technique ou, au contraire, par un biais extrêmement général : d'un côté, doctrine et jurisprudence ont porté leur attention sur un petit nombre d'auxiliaires à l'intérieur d'un domaine administratif précis (ex. : chargé d'enquête¹¹, expert de l'assureur accident¹²) ; de l'autre, les ouvrages généraux de droit administratif mentionnent les auxiliaires externes de l'administration, sans décrire plus avant leur statut dans la procédure, leurs obligations et responsabilité¹³.

- Une synthèse globale du régime auquel sont astreints l'ensemble des auxiliaires peut apporter une véritable contribution dogmatique et donner aux autorités et administrés quelques moyens pour s'orienter, nonobstant l'entremêlement des régimes juridiques, la dispersion des bases légales et les changements législatifs et administratifs¹⁴. C'est qu'en pratique, l'auxiliaire se trouve dans une position intermédiaire entre les autorités et les administrés, de même que son activité évolue sur la frontière mouvante du droit public et du droit privé ; les quelques normes topiques tranchent des questions isolées à propos de chaque auxiliaire pris individuellement : s'il est vrai que certaines solutions divergent considérablement d'un auxiliaire à l'autre (ex. : obligations de l'auxiliaire de conserver les

⁸ CF, Message Surveillance LPP, FF 2007, p. 5383.

⁹ SAS, Rapport 2003, p. 7, SAS, Rapport 2004, p. 3, SAS, Rapport 2005, p. 2, SAS, Rapport 2006, p. 3 et SAS, Rapport 2008, p. 2 et SAS, Rapport 2010, p. 3. Le SAS recourt d'ailleurs toujours plus à des experts techniques (SAS, Rapport 2011, p. 24).

¹⁰ CATTANEO, CGSS 2010 n° 44-105, ch. 36.

¹¹ Pour une étude détaillée, cf. la thèse de TERLINDEN citée dans la bibliographie.

¹² Pour une étude détaillée, cf. la thèse de PETER citée dans la bibliographie.

¹³ FLEINER-GERSTER, § 23 n° 19, § 47 n° 98 et § 47 n° 150 ss, GRISEL, I, p. 178, 219 et 299 et II, p. 853 s. et 897, GYGI, Verwaltungsrecht, p. 56 ss, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n° 1512 ss, KNAPP, n° 2731 ss, MARANTELLI-SONANINI, II, p. 37 ss, MOOR, III, p. 107 s. et 110 ss, MOSIMANN/VÖLGER WINSKY, n° 15.19, SCHWARZENBACH-HANHART, p. 253, TANQUEREL, n° 154 s., TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 n° 12 ss, TSCHENTSCHER/LIENHARD, n° 350, 424, 446 et 452 ss et ZEN-RUFFINEN, n° 26 ss.

¹⁴ Pour cette finalité de la dogmatique juridique, cf. HASSEMER, p. 14.

pièces ou de les détruire), d'autres sont remarquablement uniformes (ex. : débiteur des honoraires de l'auxiliaire).

III. Le plan de la thèse et la méthode employée

- 4 L'étude qui suit se décompose en quatre parties, qui sont autant d'étapes à la résolution d'un cas pratique impliquant un auxiliaire :
 - La première partie traite de la surveillance, en tant que cadre juridique dans lequel se meut l'auxiliaire ; l'objectif est de délimiter le périmètre de son intervention (par exemple en énumérant les administrés concernés) et d'en clarifier les paramètres (par exemple en définissant la puissance publique).
 - La deuxième partie présente les auxiliaires et elle expose, dans une perspective chronologique, leur intervention procédurale ; l'idée est de confronter les règles et principes de la procédure administrative à l'activité de l'auxiliaire.
 - La troisième partie analyse les obligations qui incombent à tout auxiliaire dans l'ensemble des rapports juridiques auxquels il prend part ; comme ses obligations sont, par leur contenu, très proches de celles du mandataire (voire, dans certains cas, de l'entrepreneur), les solutions du droit privé pourront être partiellement reprises et permettent de classer dans des catégories connues une abondante pratique administrative.
 - La quatrième partie aborde la responsabilité de l'auxiliaire à travers les nombreux régimes légaux ; elle se concentre moins sur les conditions matérielles de la responsabilité que sur les rapports entre les régimes et les conditions de leur application à l'auxiliaire.
- 5 Une synthèse générale n'est utile au praticien que dans la mesure où les solutions qui en résultent s'insèrent dans les catégories dogmatiques existantes et n'introduisent pas (ou le moins possible) de nouvelles notions ou distinctions. Elle n'est aussi crédible que si elle fait cas de l'extrême diversité des états de fait et de la spécialisation accrue qui caractérise la vie administrative. La méthode employée sera celle de l'analogie – qui n'est « *ni l'univocité, ni l'équivocité, mais comprend simultanément des ressemblances et des dissemblances* »¹⁵ – et, plus précisément, de l'analogie globale – qui consiste à inférer un principe général de plusieurs normes, puis à délimiter le champ d'application de ce principe¹⁶ – ; elle se rapproche du comblement des lacunes par le recours à l'analogie qui est fondée sur le postulat que les différences entre les hypothèses que la loi règle et celles qu'elle ne règle pas ne justifie pas

¹⁵ PAPAUX, p. 192.

¹⁶ LARENZ, p. 384 s.

une inégalité de traitement¹⁷. Ainsi, des exemples instantanés tirés de la pratique doivent permettre d'esquisser des règles générales et abstraites en complément des autres sources juridiques (art. 1 al. 2 et al. 3 CC) ; inversement, des constats plus ou moins définitifs découlant de réglementations, décisions, ordonnances administratives, voire textes d'autoréglementation dans un domaine doivent être validés par une ou plusieurs illustrations concrètes, de préférence dans un autre domaine. La présentation du texte veut refléter cette démarche : les exemples et illustrations figurent en petits caractères immédiatement à la suite du passage qu'ils sont censés expliciter ou concrétiser ; quelquefois, ils ne correspondent pas à l'état actuel de la réglementation spéciale dont ils relèvent, mais n'en gardent pas moins une portée de principe dans l'optique de la surveillance et de ses auxiliaires.

¹⁷ ATAF 2009/7 c. 6.3 (non traduit).