

La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux

Edité par

François Bellanger et Thierry Tanquerel

La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux

Edité par

François Bellanger et Thierry Tanquerel

Citation suggérée : BELLANGER / TANQUEREL (éds), *La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux*, collection « Pratique du droit administratif », Genève/Zurich 2020, Schulthess Editions Romandes

ISBN 978-3-7255-8731-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, Grande Arche - 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

	Avant-propos	7
PIERRE MOOR	Les biens de l'Etat: état des lieux	9
ROSWITHA PETRY	L'exercice des droits fondamentaux sur le domaine public	35
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN	Usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif	59
THIERRY TANQUEREL	Patrimoine financier et droits fondamentaux	81
FRANÇOIS BELLANGER	Octroi de l'usage des biens de l'Etat et marchés publics	101
JACQUELINE MORAND-DEVILLER	Le régime des biens de l'Etat et les droits fondamentaux en France	131
DAVID RENDERS/ BENOIT GORS	La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux en Belgique	147

Usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN

Professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction

Dans quelle mesure une administration cantonale peut-elle restreindre l'accès à ses murs à une organisation syndicale ? Pourquoi les Chemins de fer fédéraux (CFF) sont-ils habilités à interdire la fumée sur les quais de gare ? Quelles sont les conditions entourant l'installation de commerces dans les gares, surtout lorsque l'on sait que, pour certaines enseignes, la possibilité de pouvoir bénéficier du passage des nombreux pendulaires ainsi que des heures d'ouverture étendues que cette situation permet, est une source non négligeable de profit ? A quelles conditions les Transports publics genevois (TPG) peuvent-ils refuser de céder l'habillage de leurs trams pour une campagne publicitaire à laquelle la direction de cet établissement n'adhérerait pas ? Et dans quelle mesure une troupe présentant un opéra est-elle en mesure de prétendre pouvoir bénéficier du cadre prestigieux du Grand Théâtre de la Ville de Genève pour ses représentations ? Autant de questions qui font appel à la notion de patrimoine administratif, d'une part, ainsi qu'aux principes qui entourent son usage, ordinaire et extraordinaire, d'autre part¹.

La théorie juridique développée autour de ces notions n'est pas nouvelle. Toutefois, il apparaît que les définitions tout d'abord posées en doctrine, puis reprises par la jurisprudence, n'offrent probablement plus une vision suffisamment précise de ces concepts pour procéder à une analyse trouvant sa cohérence dans notre ordre juridique. De plus, les incertitudes de la jurisprudence et de la doctrine en matière de déploiement de la protection des droits fondamentaux dans le cadre fixé par l'article 35 al. 2 Cst.², d'une part, de même que la consécration jurisprudentielle

1 Je remercie Madame SÉVERINE BEURET, Assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide apportée à l'élaboration de ce texte.

2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

des activités économiques de l'Etat, d'autre part, imposent d'opter pour une approche légèrement décentrée. Celle-ci mène alors à proposer une grille d'analyse reposant non pas exclusivement sur le patrimoine administratif en tant que bien de l'Etat et sur les différents usages ordinaires ou extraordinaire qui en sont faits. Plus largement, l'analyse doit être réalisée en se fondant sur le cadre juridique applicable aux activités de l'Etat, qu'il s'agisse de la gestion de ses biens ou de l'accomplissement des tâches qui sont les siennes, d'une part, respectivement sur les droits découlant de la liberté économique conférée aux administrés et sur le principe de cette liberté qui en est le revers de la médaille et qui doit guider l'activité de l'Etat, d'autre part.

La première partie de cette contribution est consacrée au rappel des différentes notions et propose de compléter les définitions existantes et largement retenues en jurisprudence et en doctrine (II.). La deuxième partie, après avoir traité de la question de l'obligation de respecter les droits fondamentaux dans le contexte de la gestion du patrimoine administratif, suggère une grille d'analyse du cadre juridique applicable à la gestion et à l'usage de celui-ci par le prisme non pas de l'institution du patrimoine administratif en sa qualité d'entité organisationnelle de l'Etat, mais au travers des tâches qui s'y réalisent; l'analyse se fait alors du point de vue de l'autorité en charge de la gestion de l'usage de ce patrimoine, d'une part, respectivement dans l'optique des particuliers qui en font usage, d'autre part (III.).

II. Définitions et redéfinitions

La notion de patrimoine administratif (A.) ainsi que celle des différents usages qui en sont faits (B.) sont thématiques en doctrine et en jurisprudence. Après avoir rappelé les définitions généralement reconnues et admises, nous proposons d'en systématiser les différents aspects et d'y apporter des compléments afin d'éviter, autant que possible, l'écueil des raisonnements circulaires ou par ricochet qu'elles présentent.

A. Le patrimoine administratif

Le patrimoine administratif est constitué des biens qui servent directement à l'accomplissement des tâches publiques, sans toutefois être accessibles de façon égale à tout un chacun. Cette définition donnée par

la jurisprudence du Tribunal fédéral³, est celle communément admise en doctrine, sous réserve de quelques variations⁴. Elle comprend deux éléments. Le premier élément relève du lien entre le patrimoine administratif et une tâche que l'Etat doit accomplir (1.). Le deuxième élément est un critère de délimitation avec le domaine public; en réalité, on le verra, il se justifie également de définir le patrimoine administratif par opposition au patrimoine financier, qui est la troisième catégorie de biens de l'Etat (2.).

1. *Le lien direct entre le patrimoine administratif et l'accomplissement d'une tâche publique*

Le lien avec l'accomplissement d'une tâche publique. – Le premier élément qui permet de qualifier un bien de l'Etat comme relevant du patrimoine administratif est son lien (direct) avec l'accomplissement d'une tâche publique.

Les tâches publiques sont les activités dont la Constitution et la loi confient l'exécution ou la responsabilité de l'accomplissement aux collectivités publiques⁵. Les tâches publiques sont généralement divisées en plusieurs catégories. Traditionnellement, on a distingué entre les tâches de puissance publique et les tâches de service public, les premières étant liées à l'administration dite de police et les secondes à l'administration

3 ATF 144 I 50, 63, c. 6.2.1; ATF 138 I 274, 284, c. 2.3.2; ATF 127 I 84, 88, c. 4b.

4 JACQUES DUBEY, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, p. 543 ss; ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER, FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall 2016, p. 491 ss; PIERRE MOOR, FRANÇOIS BELLANGER, THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III « L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat », 2^{ème} éd., Berne 2018, p. 751 ss; MARKUS HEER, *Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private: Unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 5; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 66; PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^{ème} éd., Berne 2014, p. 468; BERNHARD WALDMANN, RENÉ WIEDERKEHR, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2019, p. 346 ss.

5 Parmi d'autres, BERNHARD RÜTSCHÉ, « Was sind öffentliche Aufgaben? », *Recht* 2013, p. 153-154. Pour la distinction généralement faite entre tâches de l'Etat, tâches publiques et tâches administratives: PAUL RICHLI, « Staatsaufgaben – Grundlagen », in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 851 ss.

de prestation⁶. La classification des tâches publiques s'est enrichie ces dernières années des activités dites de gestion, caractérisées notamment par leur mise en œuvre en collaboration avec les milieux intéressés (Etat dit « incitatif »)⁷. Mais on doit désormais ajouter au catalogue des tâches publiques les activités économiques de l'Etat⁸. Bien que connues depuis longtemps dans la pratique, les activités économiques de l'Etat ont obtenu une concrétisation jurisprudentielle dans un arrêt du Tribunal fédéral de 2012⁹. Nous reviendrons sur ces activités économiques de l'Etat figurant dans le catalogue des tâches publiques car elles constituent un écueil dans la définition du patrimoine administratif et nécessitent que l'on y pose une réserve.

Le lien direct. – Une fois le lien avec l'accomplissement d'une tâche publique établi, la question est de déterminer quelle doit être l'intensité entre la tâche à accomplir et l'élément du patrimoine utilisé à cet effet puisque le bien du patrimoine administratif doit avoir un lien direct avec l'accomplissement d'une tâche publique.

Il ressort de la jurisprudence comme de la doctrine que l'exigence pour admettre l'existence d'un lien direct n'est pas posée en des termes très élevés. Ainsi, les parkings d'un aéroport sont considérés comme directement affectés à la tâche publique qui consiste en l'exploitation de cette infrastructure, puisqu'ils servent aux passagers qui se rendent prendre leur avion¹⁰. Il en va de même, selon la doctrine, du patrimoine immobilier de l'Etat, lorsque celui-ci est remis en location dans le cadre d'une

6 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 10; TANQUEREL (n. 4), p. 6; ETIENNE POLTIER, « Délégation d'activités économiques de l'Etat », in: FAVRE/MARTENET/POLTIER (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Zurich/Genève 2016, p. 195.

7 PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER, VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I « Les fondements », 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 26-28.

8 FRANÇOIS BELLANGER, « Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques », in: FAVRE/MARTENET/POLTIER (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Zurich/Genève 2016, p. 48. S'ajoute à ces tâches ce qui relève de la *Bedarfsverwaltung*, c'est-à-dire l'activité par laquelle l'Etat acquiert les moyens en personnel ou en biens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches: POLTIER (n. 6), p. 195.

9 ATF 138 I 378, 387, c. 6.3.

10 ATF 143 I 37, 42, c. 6.3.

politique sociale du logement¹¹. De manière plus étonnante, le Tribunal fédéral a retenu que les stands de glaces sur la rade de Genève, parce qu'ils ont avant tout pour fonction d'animer la rade, non de servir un revenu à la Ville, relèvent également du patrimoine financier¹².

Cet exemple nous permet d'avancer que l'exigence d'un lien direct n'a en réalité qu'une portée moindre: soit le bien relevant du patrimoine administratif est affecté à des activités de police, de service public, voire de gestion, soit il sert un autre but, qui est économique; dans ce second cas, l'absence de lien avec une tâche publique fait «sortir» le bien du patrimoine administratif et a pour effet qu'il devient qualifié de bien relevant du patrimoine financier (*infra* II, A, 2). Ce n'est donc pas tant l'intensité du lien mais l'existence même de ce lien qui, en définitive, apparaît déterminante.

Ce premier constat nous amène au second élément de la définition, à savoir la définition du patrimoine administratif par opposition aux autres biens de l'Etat.

2. *La délimitation avec les autres biens de l'Etat*

Par rapport aux biens du domaine public. – Il ressort de la définition donnée par la jurisprudence que les biens du patrimoine administratif ne sont pas accessibles de façon égale à tout un chacun. Ce critère sert à distinguer les biens du patrimoine administratif du domaine public eu égard au cercle des utilisateurs de l'un et l'autre. En effet, le domaine public se définit, justement, comme l'ensemble des biens qui peuvent être utilisés librement par tout un chacun¹³.

L'on ne s'interrogera pas sur la pertinence de ce critère de distinction, qui se fonde sur la conséquence de l'appartenance à une catégorie de bien de l'Etat – l'usage libre et égal à tout un chacun – afin de procéder à la distinction entre l'une et l'autre de celle-ci; un tel critère de dis-

11 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 491; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 753; TANQUEREL (n. 4), p. 65.

12 Arrêt TF 2C_167/2012, 2C_444/2012 du 1^{er} octobre 2012, c. 4.3; critique de cet arrêt: MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 753.

13 ATF 138 I 274, 284, c. 2.3.2. DUBEY/ZUFFEREY (n. 4), p. 526; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 494; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 642-643; TANQUEREL (n. 4), p. 69; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 4), p. 465; WALDMANN/WIEDERKEHR (n. 4), p. 353.

inction atteint d'ailleurs ses limites, notamment lorsque jurisprudence et doctrine relèvent qu'il existe du patrimoine administratif librement accessible au public, comme les halls de gare par exemple¹⁴ (*infra* II, A, 3). Cette question pourrait néanmoins avoir une portée pratique dans certains cas limites dans la mesure où les règles applicables à la gestion et à l'usage du domaine public et du patrimoine administratif n'ont pas la même teneur; en particulier, il n'y a pas, pour l'usage du patrimoine administratif, de consécration du droit à l'exercice d'une activité économique, comme cela est le cas pour l'usage accru du domaine public (*infra* III, B).

Par rapport aux biens du patrimoine financier. – Cela étant, c'est en réalité par rapport aux biens du patrimoine financier que la délimitation est plus délicate. En effet, selon la définition généralement admise en jurisprudence et en doctrine, le patrimoine financier ne sert qu'indirectement, à raison de sa valeur en capital ou de rendement, à l'accomplissement des tâches publiques¹⁵. Dit autrement, le patrimoine financier a avant tout une valeur de rendement, qui l'emporte sur la perspective d'accomplissement d'une tâche publique.

Cette définition est en réalité le miroir du lien direct qu'entretiennent les biens du patrimoine administratif avec l'accomplissement des tâches publiques (*supra* II, A, 1). Ainsi, en pratique, afin de déterminer si un bien relève du patrimoine administratif ou du patrimoine financier, le Tribunal fédéral examine avant tout le cadre législatif entourant la fonction et la gestion de ce bien afin d'en tirer, ou non, son lien avec l'accomplissement d'une tâche publique; la perspective de rendement est en revanche moins examinée. C'est ainsi que, récemment, il a été retenu que la gestion de théâtres municipaux en Ville de Genève relevait de l'exploitation du patrimoine administratif au motif que la promotion de la création artistique et de l'activité culturelle ainsi que le soutien à la création et le subventionnement des institutions des arts de la scène, font partie des tâches publiques de la Ville de Genève¹⁶. Inversement, la gestion d'un

¹⁴ ATF 138 I 274, 284, c. 2.3.2.

¹⁵ ATF 103 II 227, 233, c. 3. DUBEY/ZUFFEREY (n. 4), p. 527-528; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 491-492; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 763; TANQUEREL (n. 4), p. 64; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 4), p. 467; WALDMANN/WIEDERKEHR (n. 4), p. 344.

¹⁶ Arrêt TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, c. 4.1.

hôtel doit relever de l'administration du patrimoine administratif, la présence d'un programme destiné à créer le lien avec la population locale et à dynamiser l'hôtel ne constituant pas une tâche publique¹⁷. Ce constat rejoint ce qui a été dit ci-avant à propos du caractère direct du lien à l'accomplissement d'une tâche publique: c'est d'avantage l'existence même dudit lien qui est déterminante que son intensité (*supra* II, A, 1).

Les activités économiques. – Enfin, s'agissant des tâches publiques qui servent à définir le patrimoine administratif, il est important de souligner qu'elles ne doivent pas comprendre les activités économiques de l'Etat. Lorsqu'un bien de l'Etat est utilisé à des fins économiques, celui-ci relève du patrimoine financier. En cela, il s'agit, pour être précis, d'exclure les activités économiques des tâches de l'Etat servant à qualifier le patrimoine administratif.

3. *Une proposition de définition complétée*

Synthèse. – Au vu des développements qui précèdent, nous proposons la définition suivante pour les biens du patrimoine administratif: « Le patrimoine administratif est constitué des biens qui servent directement à l'accomplissement des tâches publiques, à l'exception des activités essentiellement économiques, sans toutefois être accessibles de façon égale à tout un chacun. »

L'exclusion expresse des activités essentiellement économiques permet d'évacuer toute question découlant du fait que ces activités économiques font désormais partie du catalogue des tâches de l'Etat, d'une part. D'autre part, elle permet de définir les biens du patrimoine administratif par opposition également aux biens du patrimoine financier, et non uniquement par opposition aux biens du domaine public. La notion de <directement> peut être conservée, étant précisé qu'elle définit moins l'intensité du lien que son existence.

Les différentes catégories du patrimoine administratif. – La définition ci-dessus ne remet pas en question les différentes catégories du patrimoine administratif qu'a reprises la jurisprudence de la doctrine. Celles-ci distinguent le patrimoine administratif destiné à l'usage administratif (ou interne), comme les bureaux ou les véhicules de service, le patrimoine

¹⁷ Arrêt TF 2C_254/2018 du 29 août 2019, c. 5.2.

administratif destiné à l'usage d'un établissement, comme les hôpitaux ou les universités, le patrimoine administratif destiné à l'usage individuel comme les logements sociaux ou les locaux commerciaux dans un établissement public, ou enfin le patrimoine administratif librement accessible ou quasi-librement accessible comme les halls de gare¹⁸.

A notre avis, ces catégories n'ont qu'une vocation descriptive et ne sont pas un critère pour dégager des règles systématiques relatives à l'usage qui est fait des biens relevant de ce patrimoine.

B. Usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif

Selon la formule consacrée, l'utilisation ordinaire du patrimoine administratif est celle qui est conforme au droit (1.), tandis que l'utilisation extraordinaire doit être compatible avec la destination de l'installation (2.)¹⁹. Nous précisons que dans ce contexte, nous ne faisons pas de distinction sémantique entre le terme d'usage ou d'utilisation.

1. *L'usage ordinaire du patrimoine administratif*

L'usage conforme à l'affectation ou à la destination du bien en cause. – L'usage ordinaire du patrimoine administratif est celui qui est conforme au droit. Par cela, il s'agit d'entendre la conformité à l'affectation ou à la destination du bien en cause puisqu'en tout état le principe de la légalité (art. 5 Cst.) doit être respecté.

L'usage ordinaire défini au moyen de règles préétablies. – Contrairement aux biens du domaine public, dont l'usage est par définition accessible librement à tout un chacun, l'affectation ou la destination des biens du patrimoine administratif se définit au moyen de règles préétablies. Ces règles peuvent être de rang légal; il peut également s'agir de règles de rang infra-légal, voire de prescriptions d'organisation.

Si l'élément du patrimoine administratif est destiné à l'usage administratif (ou interne) de la collectivité ou de l'entité, il faut se référer aux règles d'organisation de l'administration, qui prennent dans ce cas le plus souvent la forme de prescriptions internes. Par exemple, les locaux

¹⁸ ATF 138 I 274, 284, c. 2.3.2, et les références.

¹⁹ ATF 143 I 37, 40, c. 6.1; ATF 127 I 84, 88, c. 4b.

du contrôle des habitants sont destinés à accueillir les personnes qui veulent renouveler leurs papiers d'identité, aux heures d'ouverture des guichets.

S'il s'agit d'un élément du patrimoine administratif destiné à l'usage d'un établissement, qui sert avant tout des prestations de service public, la destination de l'élément de patrimoine est, en outre, déterminée par la loi qui concerne la tâche publique en cause et qui fixe la relation d'usage avec les usagers. C'est dans une telle perspective que le Tribunal fédéral retient que lorsque le patrimoine administratif est affecté à des fins particulières d'intérêt public au bénéfice des citoyens et qu'il est alors séparé du patrimoine administratif ordinaire et institué en patrimoine distinct sous la forme d'un établissement public, son utilisation se confond avec l'usage de l'établissement public en cause²⁰. Dans ce cas, aux prescriptions organisationnelles internes s'ajoutent les règles matérielles relatives à la relation d'usage. Le Tribunal fédéral raisonne, ainsi, en deux temps. Dans un premier temps, il examine la mission de la collectivité ou de l'entité publique, notamment les tâches qu'elle doit accomplir telles qu'elles sont fixées par la loi ou une concession. Dans un second temps, il étudie les règles organisationnelles applicables à la relation d'usage pour déterminer ce qui relève de l'usage ordinaire ou non²¹. A titre d'exemple, s'agissant de l'interdiction de fumer dans les gares ou de l'autorisation de ne fumer que dans des périmètres bien déterminés, l'on examine tout d'abord la mission des CFF. Dans le cadre de leur activité de service public du transport par rail, cette mission est d'offrir aux passagers un lieu d'embarquement et de débarquement des trains; l'usage ordinaire des quais de gare est donc le transbordement des passagers, voire un lieu d'attente lorsque les trains sont en retard. Mais l'usage ordinaire est également lié aux conditions fixées par les CFF pour assurer la bonne marche de leurs services ainsi que la sauvegarde de l'intérêt de l'ensemble des usagers; il comprend par conséquent les restrictions fixées à cet effet, dont l'interdiction de fumer hors les zones destinées à cet effet.

En définitive, l'usage ordinaire est façonné par les restrictions qui sont apportées à un usage libre et accessible à tout un chacun.

²⁰ ATF 143 I 37, 40, c. 6.1.

²¹ *Ibid.*

2. *L'usage extraordinaire du patrimoine administratif*

L'usage extraordinaire compatible avec la destination de l'installation. – L'utilisation extraordinaire du patrimoine administratif doit, selon la jurisprudence, être compatible avec la destination de l'installation. Ces termes ne permettent pas à eux seuls de définir les caractéristiques de ce que constitue un usage extraordinaire du patrimoine administratif puisque le Tribunal fédéral pose, ce faisant, la condition à laquelle un tel usage extraordinaire est admissible.

Cela étant, la notion de compatibilité avec la destination de l'installation permet néanmoins de dégager plusieurs caractéristiques de cet usage extraordinaire. Tout d'abord, l'usage extraordinaire constitue par définition un usage qui n'est pas un usage conforme à l'affectation ou à la destination du bien en cause; il se distingue donc de l'usage ordinaire du patrimoine administratif²². Ensuite, l'usage extraordinaire ne doit pas entraver l'usage ordinaire du patrimoine administratif; dit autrement, et l'on reprend ici les termes du Tribunal fédéral et de la doctrine, l'usage ordinaire et conforme à l'affectation du bien est prioritaire par rapport à tout autre usage²³. Enfin, l'usage extraordinaire doit revêtir un caractère accessoire; en effet, à défaut de cette notion d'accessoriété, la nature même du bien du patrimoine administratif serait modifiée. Parmi ces caractéristiques, la troisième mérite que l'on s'y attarde.

Le caractère accessoire ou marginal. – Le caractère accessoire ou marginal s'entend à deux égards. Tout d'abord, l'accessoriété suppose un lien entre l'usage extraordinaire et la tâche publique en cause²⁴. Par exemple, il y a un lien entre le fait d'offrir aux visiteurs des patients d'un hôpital la possibilité d'acheter un bouquet de fleurs dans les murs de celui-ci ou aux usagers des CFF de faire leurs achats lors de leur passage à la gare.

L'accessoriété exigée pour l'usage extraordinaire fait aussi apparaître une notion de hiérarchie entre usage ordinaire et extraordinaire: l'usage extraordinaire doit demeurer moins important que l'usage ordinaire du patrimoine administratif en temps, lieu ou intensité. L'usage extraordinaire est donc marginal. Ainsi, une échoppe ou un bar à café dans

²² HEER (n. 4), p. 16.

²³ ATF 143 I 37, 40, c. 6.1; DUBEY/ZUFFEREY (n. 4), p. 544.

²⁴ Dans le même sens, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 758.

un bâtiment du patrimoine administratif sollicite la surface de celui-ci à une intensité qui est faible compte tenu de la taille du bâtiment; de même, l'avantage économique qui en découle pour le détenteur du patrimoine administratif constitue des prestations annexes dans la gestion de celui-ci.

L'on relève que le caractère accessoire est désigné différemment selon que l'on se trouve placé dans la perspective du détenteur du patrimoine administratif ou d'un tiers habilité à exercer une activité en ces locaux. Du point de vue de la collectivité publique, l'on parle de son activité économique accessoire (*«wirtschaftliche Nebentätigkeit»*), tandis que du point de vue d'un tiers la doctrine utilise le terme d'utilisation marginale (*«Randnutzung»*)²⁵.

Enfin, la réalisation du caractère accessoire d'un usage particulier n'est pas suffisante à elle seule pour conférer à celle-ci la qualification d'usage extraordinaire. Il faut en toute hypothèse que la première condition d'une activité non conforme soit réalisée. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a considéré comme usage ordinaire, et non extraordinaire, du Grand Théâtre de Genève le fait qu'il soit proposé et mis en location à des troupes extérieures, contre rémunération. En effet, la possibilité de louer la salle en question est prévue par la convention relative à l'exploitation de cette institution, de sorte que la location à des tiers, bien que mentionnée comme n'étant autorisée qu'à titre occasionnel par ladite convention, relève de l'usage ordinaire de ce bien²⁶. Dans ce cas, le caractère accessoire de la mise en location à des tiers n'a pas suffi à considérer cela comme un usage extraordinaire. Inversement, dans le cas de l'utilisation des parkings de l'aéroport par une entreprise de valet parking, le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'un usage extraordinaire dans la mesure où cette activité ne correspondait pas à l'usage ordinaire des parkings de courte durée de l'aéroport destinés avant tout à permettre aux accompagnants des voyageurs de parquer leur véhicule pour un bref moment, le temps d'amener ou de rechercher des voyageurs. Dans cet arrêt, toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas considéré que la possibilité prévue pour des acteurs commerciaux de solliciter une autorisation pour ce type d'activité, pourtant prévue dans les actes juridiques

25 HEER (n. 4), p. 16; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 758-759.

26 Arrêt TF 2C_719/2016 du 24 juillet 2017, c. 3.5.

passés entre l'aéroport et le canton, menait à considérer cet usage comme conforme²⁷.

Ces illustrations mettent en lumière l'importance des règles relatives à la définition de l'affectation et de la destination du patrimoine administratif que nous avons mentionnées ci-avant. Ce cadre juridique sert non seulement à faire la distinction entre patrimoine administratif et patrimoine financier (*supra* II, B, 1), mais également à circonscrire l'usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif. Ces illustrations montrent également que, parce que le même critère de distinction est utilisé dans les deux démonstrations, celles-ci, parfois, perdent en lisibilité.

3. *Une proposition de définition complétée*

Synthèse. – Ainsi, l'on pourrait donner les définitions suivantes pour les usages ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif : « L'usage ordinaire est celui qui est conforme à l'affectation ou à la destination du bien en cause, tandis que l'usage extraordinaire est celui qui, bien que non conforme à l'affectation ou la destination du bien en cause, est compatible avec un usage ordinaire car il ne l'entrave pas, a un lien avec la tâche publique en cause et est accessoire. »

La référence à l'affectation ou la destination du bien en cause permet de préciser la référence trop générale de « conformité au droit » s'agissant de l'usage ordinaire du patrimoine administratif, tandis que les références à l'absence d'entrave, au lien avec la tâche publique en cause et au caractère accessoire précisent ce qu'il faut entendre par un usage extraordinaire « compatible ».

III. **Gestion et usages du patrimoine administratif**

Comme indiqué en introduction de ce texte, nous proposons une grille de lecture qui permet de rattacher les différents aspects des usages ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif à des enjeux connus et balisés entourant les activités de l'Etat, comme notamment la mise en œuvre de la relation d'usage ou le cadre posé pour les activités économiques de l'Etat (B.). Mais avant cela, nous démontrons, si la nécessité d'une telle démonstration devait encore exister, pourquoi les droits fon-

²⁷ ATF 143 I 37, 40-42, c. 6.2-6.3.

damentaux doivent être respectés dans le cadre de la gestion et de l'usage du patrimoine administratif (A.).

Nous précisons ici que nous utilisons le terme de gestion aux côtés de celui d'usage pour désigner très largement toute l'activité de la collectivité ou de l'entité publique en relation avec son patrimoine administratif; cela permet de comprendre également des actes qui ne relèveraient pas de la relation d'usage au sens propre ou de l'usage extraordinaire.

A. Les droits fondamentaux doivent être respectés

Remarques préliminaires. – La question de l'obligation de respecter les droits fondamentaux dans le contexte de la gestion et de l'usage du patrimoine administratif est une question qui n'a pas trouvé de consécration stable, en particulier en doctrine. Si les avis convergent lorsqu'il s'agit de la gestion interne ou de l'usage ordinaire, parce qu'ils sont soumis au droit public, la question apparaît discutée lorsqu'il s'agit de l'usage extraordinaire. Cela est dû au fait que l'usage extraordinaire est, souvent, soumis à un régime de droit privé.

En substance, sur cette question, nous sommes d'avis que les droits fondamentaux doivent être respectés dans tous les aspects de la gestion et de l'usage, ordinaire comme extraordinaire, du patrimoine administratif. Nous considérons en particulier que le droit applicable à la relation juridique nouée dans le contexte de l'usage extraordinaire du patrimoine administratif, à savoir très souvent le droit privé, n'est pas un motif permettant d'exclure la protection découlant des droits fondamentaux car la gestion du patrimoine administratif est, fondamentalement, une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Cst²⁸.

Le droit applicable à la gestion du patrimoine administratif. – La gestion du patrimoine administratif, tout comme la gestion du domaine public, relève fondamentalement du droit public. Selon que l'on suive le Tribunal fédéral²⁹ et que l'on se rattache à la théorie dualiste issue du droit germanique, dans laquelle droit public et droit privé trouvent

²⁸ Cette position, tout comme la démonstration qui la soutient, a été développée dans une précédente contribution, que les propos ci-après synthétisent: VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, « Quelle autonomie pour l'Etat ? », *RDS 2018 II*, p. 277 ss.

²⁹ ATF 123 III 454, 456, c. 2, JT 1999 I 53.

conjointement application³⁰, ou qu'on lui préfère une approche moniste, qui exclut toute référence au droit privé³¹, la maîtrise de la collectivité publique sur son patrimoine trouve, en toute hypothèse, son fondement dans la puissance publique, qui est celle de l'Etat, et son ancrage juridique à l'article 664 al. 1 CC³², qui énonce que les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. A l'inverse, les biens relevant du patrimoine financier, en tant qu'ils font partie de la propriété privée de l'Etat³³, font l'objet d'une gestion relevant du droit privé³⁴.

L'application de principe du droit public à la gestion et à l'usage du patrimoine administratif n'exclut néanmoins pas que le droit privé trouve application. Ainsi, en marge de la gestion interne du patrimoine administratif, les collectivités ou entités publiques acquièrent les biens, fournitures, services et moyens nécessaires à leur action (*«Bedarfsverwaltung»*)³⁵; or, une telle activité relève du droit privé³⁶, préalablement encadrée par la réglementation en matière de marchés publics. De même, il n'est pas rare que la loi applicable à une activité sectorielle prévoie que la relation – ordinaire – entre une entité décentralisée et les usagers relève du droit privé, comme c'est le cas, par exemple, de la

30 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 498; DENIS PIOTET, « La théorie des droits administratifs réels en Suisse: Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé », in: BOVAY/NGUYEN (édit.), *Mélanges en l'honneur de PIERRE MOOR: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Berne 2005, p. 461. Dans ce droit de propriété modifié, droit public et droit privé trouvent conjointement application: le Code civil régit l'acquisition, la perte, la modification et le contenu de cette propriété; quant au droit public, il régit le pouvoir de disposer et le régime de l'affectation de ces biens.

31 JACQUES DUBEY, *Espace – Temps – Propriété: Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire*, Th. Fribourg, Genève 2012, p. 228; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 498.

32 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

33 ATF 89 I 37, 41, c.3a.

34 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 767; TANQUEREL (n. 4), p. 64; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 491.

35 Voir *supra* note 8.

36 TANQUEREL (n. 4), p. 64.

relation des CFF avec les voyageurs³⁷ ou de La Poste avec le public³⁸. Enfin, s'agissant de l'usage extraordinaire du patrimoine administratif, la pratique montre que les relations juridiques nouées autour de celui-ci sont le plus souvent soumises au droit privé de la volonté des parties³⁹, sans qu'une requalification de la relation ne s'avère nécessaire. Selon une illustration donnée en doctrine, il n'y a par exemple aucune raison de ne pas soumettre par principe au droit privé la location à des particuliers d'espaces leur servant à fournir à leurs clients des prestations usuelles sur le marché⁴⁰.

L'article 35 al. 2 Cst. – L'obligation de respecter les droits fondamentaux découle de l'art. 35 al. 2 Cst. qui énonce que « quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux ». Les tâches de l'Etat au sens de cette disposition sont avant tout les tâches publiques telles que nous les avons définies ci-dessus (*supra* II, A, 1), à l'exception toutefois des activités économiques hors domaines libéralisés⁴¹.

Mais les tâches de l'Etat comprennent, en outre, les facultés de gestion de l'Etat sur ses biens, dont il détient la maîtrise sur la base de la puissance publique inhérente à son existence comme indiqué ci-dessus⁴². Partant, la gestion du patrimoine administratif, qu'elle soit ordinaire ou extraordinaire, doit respecter les droits fondamentaux. Les illustrations qui suivent démontrent d'ailleurs que cette position est celle du Tribunal fédéral, qu'il s'agisse de gestion interne ou d'usage ordinaire ou extraordinaire du patrimoine administratif.

Les droits fondamentaux dans la gestion interne et l'usage ordinaire. – Le Tribunal fédéral reconnaît sans peine que la gestion interne du patrimoine administratif comme l'usage ordinaire doivent respecter les droits

37 Art. 19 ss de la loi sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009 (RS 745.1).

38 Art. 11 de la loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010 (RS 783.1).

39 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 4), p. 498.

40 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 760. Pour le cas inverse de soustraction des règles du bail à loyer d'un appartement de fonction d'un employé de la Confédération au service des douanes, voir Arrêt TAF A-126/2015 du 25 septembre 2015, c. 3.2.

41 Pour une analyse complète de la portée de l'art. 35 al. 2 Cst. et toutes les références, voir DÉFAGO GAUDIN (n. 28), p. 269.

42 DÉFAGO GAUDIN (n. 28), p. 262.

fondamentaux. L'on peut mentionner, à titre d'exemple récent s'agissant de la gestion purement interne, l'arrêt annulant l'arrêté tessinois qui restreignait l'accès aux bâtiments de l'administration tessinoise pour des activités syndicales : « L'Etat est en effet tenu au respect des droits fondamentaux en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., non seulement à titre d'employeur mais également dans la gestion de son patrimoine administratif. »⁴³. Il en va de même dans la gestion relevant de l'usage ordinaire du patrimoine administratif, d'autant que celle-ci se combine avec l'accomplissement de tâches publiques, comme l'a rappelé tout récemment le Tribunal fédéral dans l'arrêt relatif à la gestion des théâtres municipaux de la Ville de Genève (*supra* II, A, 2)⁴⁴.

Les droits fondamentaux dans l'usage extraordinaire. – Parce que l'usage extraordinaire du patrimoine administratif est souvent soumis au droit privé, parce qu'il sous-tend souvent une démarche de type économique du détenteur du patrimoine administratif, parce qu'à titre de comparaison, savoir si la gestion du patrimoine financier est ou n'est pas soumise à l'obligation de respecter les droits fondamentaux n'est pas clairement tranché dans notre ordre juridique⁴⁵, la doctrine est moins catégorique pour affirmer que l'art. 35 al. 2 Cst. doit s'appliquer à ce type d'usage⁴⁶.

Toutefois, le Tribunal fédéral a clairement répondu par l'affirmative à cette question dans son arrêt relatif à l'affichage dans la gare de Zurich en 2012 : dans la mesure où les gares sont des biens publics directement affectés au service du transport des voyageurs, les actes se rapportant à la gestion de l'affichage relèvent de la compétence des CFF d'administrer les biens publics ; peu importe dans ce cadre que la relation entre les CFF et les annonceurs relève du droit privé⁴⁷. Dans l'arrêt relatif à l'activité de valet parking à l'aéroport de Genève, le Tribunal fédéral a rappelé ce principe sans aucune réserve, même si dans cette affaire, la question de l'application du droit privé ne se posait pas : un établissement de droit public assumant une tâche de l'Etat est lié par les droits fondamentaux

43 ATF 144 I 50, 64-66, c. 6.3, JT 2019 I 11.

44 Arrêt TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, c. 6.5.1.

45 Pour un état des lieux sur la question et une prise de position, voir DÉFAGO GAUDIN (n. 28), p. 272 ; voir également la contribution de THIERRY TANQUEREL dans le présent ouvrage.

46 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 761.

47 ATF 138 I 274, 281-284, c. 2.1-2.2.

en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., en particulier lorsqu'il décide de l'utilisation du patrimoine administratif qui lui est confié⁴⁸.

Les hésitations de la doctrine se réfèrent probablement à un arrêt plus ancien du Tribunal fédéral relatif à l'affichage sur les bus de la Ville de Lucerne en 2000. Dans celui-ci, le Tribunal fédéral avait considéré que, du moment où les annonceurs avaient la possibilité de recourir à des services d'affichage offerts par d'autres entreprises sur d'autres supports, la protection des droits fondamentaux ne se déployait pas⁴⁹. A notre avis, cet arrêt se fonde sur une approche erronée en ce sens qu'il applique les principes valant en matière de prestations de service public, à savoir l'existence ou non d'un bien de substitution, à une question qui relève de la gestion du patrimoine administratif⁵⁰. En tout état, cet arrêt est antérieur à l'arrêt concernant l'affichage en gare de Zurich, de sorte que c'est la solution de 2012 qui, à notre sens, s'impose aujourd'hui.

B. Une grille de lecture

Remarques préliminaires. – Le cadre constitutionnel étant posé pour les actes relevant de la gestion et des usages ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif, nous posons pour clore cette contribution une grille de lecture permettant de rattacher les enjeux liés à cette gestion et à cet usage à d'autres notions connues encadrant les activités de l'Etat, comme notamment la mise en œuvre de la relation d'usage, le respect de la liberté économique muni des cautions d'égalité de traitement et de transparence qui en découlent ou encore le cadre posé pour les activités économiques de l'Etat.

Usage ordinaire. Activités régaliennes ou fournitures de prestations de service public par l'Etat. – Dans le cadre d'un usage ordinaire du patrimoine administratif, la collectivité ou l'entité publique utilise celui-ci pour l'accomplissement de ses tâches. Les problématiques qui s'y rapportent sont réglées par la relation administrative ordinaire, auxquels s'ajoutent, au besoin, les principes développés en matière de relation d'usage, en particulier ceux relevant de la relation de service public⁵¹.

48 ATF 143 I 37, 44, c. 7.1.

49 ATF 127 I 84, 90, c. 4c.

50 DÉFAGO GAUDIN (n. 28), p. 262.

51 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 474 ss.

Dans ce second cas, il s'agit de tenir compte du fait que les prestations relevant ou découlant de l'usage ordinaire du patrimoine administratif sont offertes dans l'intérêt public, de sorte que même en présence d'une relation d'échange, la collectivité ou l'entité doit assurer la fourniture de sa prestation⁵² et respecter, tout particulièrement, le principe de l'égalité de traitement.

Comme déjà relevé ci-avant (*supra* II, B, 1), les règles entourant et définissant le contenu de la relation administrative servent, de même, à circonscrire et préciser en quoi consiste l'usage ordinaire du patrimoine administratif. Comme l'exprime le Tribunal fédéral, dans un tel cas, « l'utilisation du patrimoine administratif se confond avec l'usage de l'établissement public en cause »⁵³.

Usage ordinaire. Prétention des administrés d'accéder au patrimoine administratif pour l'exercice d'une activité conforme. – L'on se situe dans ce cas toujours dans le cadre d'un usage ordinaire du patrimoine administratif, mais ici dans la perspective d'une prétention qu'un usager fait valoir à l'égard de la collectivité publique ou de l'entité en cause.

La question se résout alors et avant tout sur la base du même *corpus* de règles, à savoir pour l'essentiel celles qui régissent la relation d'usage. Par exemple, s'agissant d'un étudiant exclu de l'Université qui souhaiterait accéder aux locaux universitaires pour assister aux cours, les règles relatives aux études permettent de savoir si cette personne peut oui ou non accéder aux lieux. C'est d'ailleurs dans une telle configuration de prétention d'un potentiel usager à faire un usage ordinaire du patrimoine administratif que le Tribunal fédéral a retenu que le Grand Théâtre de Genève pouvait refuser de conclure un contrat avec une troupe qui sollicitait de pouvoir jouer en ses murs. En effet, les conditions posées par la convention entre la Ville et le Grand Théâtre, qui déterminent le contenu de la relation d'usage ordinaire, ne permettaient pas à ladite troupe de disposer d'un droit absolu à se voir octroyer l'usage de la salle en question⁵⁴.

⁵² MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (n. 4), p. 475-476.

⁵³ ATF 143 I 37, 40, c. 6.1.

⁵⁴ Arrêt TF 2C_719/2016 du 24 août 2017, c. 3.6.

Par ailleurs, lorsque l'activité conforme a, en outre, une composante économique, l'octroi du droit de l'exercer peut, selon les circonstances, devoir au surplus respecter les conditions posées à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal imposée par l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995⁵⁵. En effet, la maîtrise exclusive de la collectivité ou de l'entité publique sur son patrimoine administratif fait naître un monopole de fait sur les locaux en cause⁵⁶. Par conséquent, lorsque les circonstances l'exigent, la collectivité ou l'entité doit procéder par la voie d'un appel d'offres de même qu'elle doit respecter l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse⁵⁷.

Usage extraordinaire. Activité économique accessoire de l'Etat. – Les activités économiques accessoires de l'Etat réalisées en marge de l'usage ordinaire du patrimoine administratif, et, partant, au titre d'exploitation extraordinaire de celui-ci peuvent être, pour reprendre les exemples cités en doctrine, l'exploitation d'une cafétéria dans un musée ou la vente d'articles de papeterie dans les offices de poste. Ces activités doivent, à notre sens, être appréciées au regard de l'admissibilité des activités économiques de l'Etat, en prenant en compte des exigences posées pour un usage extraordinaire du patrimoine administratif (*supra* II, B, 2).

Ce n'est que récemment, en 2012, que le Tribunal fédéral s'est expressément prononcé sur la compatibilité de principe à la Constitution des activités économiques déployées par les collectivités publiques⁵⁸ ainsi que sur les conditions entourant de telles activités⁵⁹. Parmi les conditions posées par la jurisprudence, deux méritent que l'on s'y attarde.

Tout d'abord, une base légale formelle est nécessaire pour les activités économiques de l'Etat, étant précisé que celle-ci peut ne pas être excessivement détaillée afin de ne pas entraver cette activité⁶⁰. Dans l'arrêt en cause, le Tribunal fédéral avait à se déterminer sur la loi permettant à l'établissement cantonal d'assurance en matière d'incendie du

55 RS 943.02; LMI.

56 Arrêt TF 2C_719/2016 du 24 août 2017, c. 6.3.

57 ATF 143 II 120, 129, c. 6.4.1.

58 ATF 138 I 378, 384 ss, c. 6.

59 ATF 138 I 378, 390 ss, c. 7.

60 ATF 138 I 378, 391, c. 7.1.

canton de Glaris d'exercer dans le domaine des assurances privées. De ce fait, il n'avait pas à se demander si une base légale matérielle pourrait, dans d'autres circonstances, suffire. A notre avis, s'agissant d'une activité économique déployée dans le cadre d'un usage extraordinaire du patrimoine administratif, l'on peut se contenter d'une base légale matérielle; une base légale formelle n'est pas forcément nécessaire. En effet, les conditions que nous avons identifiées pour l'admissibilité de l'usage extraordinaire, à savoir l'absence d'entrave à un usage ordinaire, le lien avec la tâche publique en cause et l'accessoriété (*supra* II, B, 2) sont autant de cautèles qui permettent de se dispenser d'une base légale formelle. Le raisonnement est similaire à celui valant en matière de contributions publiques, dans lequel les exigences en matière de légalité sont allégées pour les contributions causales, dont le principe de la proportionnalité suffit à assurer la mesure de la contribution. S'agissant des activités économiques exercées dans le cadre d'un usage extraordinaire du patrimoine administratif, les conditions sus-mentionnées permettent de s'assurer que ladite activité ne met pas en péril l'accomplissement de la tâche publique en cause.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il découle du principe de la neutralité de l'Etat tel qu'imposé par l'art. 94 Cst. que les entreprises étatiques actives à la fois dans un secteur bénéficiant d'un monopole et dans un autre soumis à la concurrence doivent les séparer dans leurs comptes, et que tout subventionnement transversal de l'activité soumise à la concurrence par l'activité au bénéfice du monopole est interdit⁶¹. Si le principe est clairement énoncé, l'enjeu réside, en réalité, au niveau de la délimitation entre activité économique ou activité non économique exercée dans le cadre de la relation de service public. En effet, selon les circonstances, une cafétéria exploitée dans les murs d'une université ou d'un hôpital peut être considérée comme entreprise à vocation lucrative, ou au contraire comme fournissant une prestation annexe à la prestation principale de service public aux usagers, sans poursuivre un intérêt lucratif. Dans ce cas, c'est à nouveau la question de la distinction entre usage ordinaire et extraordinaire qui est, en réalité, en cause, ce qu'illustre parfaitement l'arrêt du Tribunal fédéral sur la gestion des théâtres municipaux de la Ville de Genève: « on se trouve en présence

⁶¹ ATF 138 I 378, 398, c. 9.1.

d'une activité économique (la gestion de théâtres) ou à tout le moins à composante économique. »⁶².

Usage extraordinaire. Prétention des administrés d'accéder au patrimoine administratif pour l'exercice d'une activité non conforme. – Lorsque des administrés prétendent accéder au patrimoine pour une activité non conforme («*Randnutzung*»), la collectivité ou l'entité publique doit respecter les principes généraux du droit public, dont font notamment partie l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement et la proportionnalité, de même que le devoir de l'autorité d'adopter une attitude neutre et objective⁶³, quelle que soit l'autonomie ou la marge de manœuvre dont elle dispose dans l'exercice de sa tâche.

En revanche, et contrairement à ce qui vaut en matière de prétention au droit à un usage accru du domaine public⁶⁴, la liberté économique de l'administré qui prétend à un usage extraordinaire ne lui permet toutefois pas d'exiger de bénéficier d'un usage du patrimoine administratif à d'autres fins que le but d'intérêt général recherché par l'Etat. En effet, l'utilisation du patrimoine administratif conforme à son but d'intérêt public est considérée comme prioritaire sur un usage extraordinaire par les particuliers⁶⁵. Autrement dit, il n'y a pas de droit à un usage extraordinaire du patrimoine administratif, contrairement à ce qui vaut s'agissant d'un certain droit à l'usage accru du domaine public⁶⁶.

Enfin, dans ce cas de figure également, lorsque l'accès au patrimoine pour une activité non conforme emporte, en outre, la transmission d'un monopole, les règles découlant de la mise en œuvre de l'art. 2 al. 7 LMI s'appliquent et un appel d'offres doit être organisé, de même que le principe de non-discrimination doit être respecté, comme exposé ci-avant à propos de la prétention à un usage ordinaire du patrimoine administratif. Dans cette perspective, la distinction entre usage ordinaire ou extraordinaire du patrimoine administratif n'est pas un critère justifiant l'application d'un régime juridique différent.

62 Arrêt TF 2C_569/2018 du 27 mai 2019, c. 6.2.

63 ATF 143 I 37, 44, c. 7.2.

64 Voir à ce propos la contribution de ROSWITHA PETRY dans le présent ouvrage.

65 ATF 143 I 37, 45, c. 7.2.

66 ATF 135 I 302, 307, c. 3.2.

IV. Conclusion

La notion de patrimoine administratif et les usages qui en sont faits font l'objet de concepts connus et généralement admis. Toutefois, nous sommes d'avis que les définitions usuelles mériteraient d'être précisées ou complétées, afin d'éviter autant que possible des raisonnements circulaires ou des glissements involontaires d'une étape du raisonnement – s'agit-il d'un élément du patrimoine administratif ou du patrimoine financier ? – à l'autre – s'agit-il d'un usage ordinaire ou extraordinaire ? Le patrimoine administratif mériterait partant d'être défini comme suit : « Le patrimoine administratif est constitué des biens qui servent directement à l'accomplissement des tâches publiques, à l'exception des activités essentiellement économiques, sans toutefois être accessibles de façon égale à tout un chacun », tandis que les usages ordinaire et extraordinaire peuvent l'être ainsi : « L'usage ordinaire est celui qui est conforme à l'affectation ou à la destination du bien en cause, tandis que l'usage extraordinaire est celui qui, bien que non conforme à l'affectation ou la destination du bien en cause, est compatible avec un usage ordinaire car il ne l'entrave pas, a un lien avec la tâche publique en cause et est accessoire ».

Nous sommes d'avis qu'il ne fait, aujourd'hui, aucun doute quant à savoir si les droits fondamentaux doivent être respectés par la collectivité ou l'entité qui gère l'usage du patrimoine administratif. La réponse doit être affirmative, peu importe le type d'usage, ordinaire ou extraordinaire, et peu importe également le droit applicable, public ou privé, à ladite relation : la gestion de l'usage du patrimoine administratif est une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Cst.

Enfin, face à la difficulté parfois de systématiser les enjeux entourant les usages du patrimoine administratif, l'on n'oubliera pas de se demander si lesdits usages ne correspondent pas à la mise en œuvre d'autres notions comme la relation d'usage, notamment de service public, ou la liberté économique et son principe qui imposent le respect de l'égalité entre concurrents et la neutralité concurrentielle de l'Etat. Ces notions et principes permettent alors d'adopter une lecture cohérente, dans le respect des évolutions de notre ordre juridique, des notions d'usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif.