Zeitschrift: Cadastre : revue spécialisée consacrée au cadastre suisse
Herausgeber: Office fédéral de topographie swisstopo
Band: - (2012)
Heft: 10

Artikel: Action régalienne dans la mensuration officielle
Autor: Kettiger, Daniel / Oesch, Mathias
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-871556

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Action régalienne dans la mensuration officielle

Le fait qu'une action revête ou non un caractère régalien joue un rôle important dans le droit régissant le marché intérieur suisse et influe également sur l'activité que des ressortissants étrangers peuvent exercer en Suisse. Le présent article vise à montrer, en se fondant sur une récente expertise juridique[1], que les activités à caractère régalien sont très peu nombreuses en mensuration officielle – contrairement à une idée largement répandue. Il constitue par ailleurs le premier volet d'une série de contributions abordant diverses questions de droit international[2] en rapport avec la mensuration officielle.

Fondements de l'activité régalienne

Une question de fond se pose dans l'optique de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services conclue avec l'Union européenne (UE), celle de savoir si les règles de libre circulation peuvent être restreintes dès lors que des ressortissants étrangers peuvent être amenés à exercer la puissance publique[3] dans le cadre de leur travail. Au niveau suisse, la distinction entre activités régaliennes et non régaliennes revêt également de l'importance, puisque c'est l'applicabilité de la loi sur le marché intérieur (LMI)[4] qui en dépend.

L'accomplissement de tâches publiques ne se confond pas avec l'exercice de la puissance publique, même si c'est l'administration publique comprise au sens strict (les organes et le personnel de l'Etat) qui se charge d'assurer ces tâches. La jurisprudence suisse ne contient aucune définition claire et consolidée de l'action régalienne. Pour distinguer alors l'activité administrative présentant un caractère régalien de celle qui en est dénuée, la doctrine et la jurisprudence font appel aux deux critères suivants: l'action de l'Etat est généralement régalienne lorsque des *règles de droit public* trouvent à s'appliquer, le droit privé étant marqué par le principe de l'autonomie privée. Une action régalienne se caractérise ensuite par la présence d'un *rapport de subordination entre l'Etat et les destinataires de l'action menée.* Ces deux critères sont notamment remplis lorsque l'Etat agit par voie de décision, donc par une disposition unilatérale, juridiquement contraignante et fondée sur le droit public. Et comme le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise le précise, la préparation politique (par exemple celle des lois) et la politique étrangère sont généralement considérées comme des tâches régaliennes par essence.[5]

Considérée sous un angle différent, à savoir celui des justiciables concernés, la *distinction s'effectue entre administration restrictive* et *administration de service public:* on parle d'administration restrictive en cas d'ingérence de l'activité administrative dans les droits et les libertés des destinataires de l'action de l'Etat et de restriction de ces derniers; on parle d'*administration de service public* si l'administration accorde des avantages aux destinataires de l'action de l'Etat, notamment au travers de prestations en nature, financières ou de services.

La notion d'action régalienne peut aussi être envisagée sous un angle encore différent, plus pragmatique, en lien avec la LMI. Seules les activités régaliennes «classiques» doivent encore être exclues du champ d'application de la loi. En font notamment partie les tâches de contrôle, de surveillance et d'intervention qui résultent du droit administratif public. Parmi les exemples les plus représentatifs de telles activités régaliennes «classiques», on peut citer la police (forces de sécurité, police criminelle et certains domaines de la police de la route), la police des constructions, celle de la santé publique et la police alimentaire, le droit de l'environnement, l'intégralité du droit fiscal ainsi que la répression pénale et l'exécution des peines. Du point de vue de la LMI, l'unique critère d'appréciation du caractère régalien d'une activité est donc l'existence d'un rapport de subordination entre l'Etat et les destinataires de son action. Ce critère est notamment satisfait lorsque l'Etat agit par voie de décision ou par une contrainte directe (force policière). Les activités pouvant également être proposées librement sur le marché n'entrent pas dans la catégorie de l'action régalienne au sens de la LMI.

Le caractère régalien est interprété d'une manière similaire, tout aussi restrictive, dans le cadre de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services.[6] La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), dont la jurisprudence est appliquée par analogie ici, a par ailleurs estimé que seules peuvent être réservées aux ressortissants du pays les activités propres à une profession qui intègrent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité ou de la puissance publique. Ainsi, l'exclusion ne concerne pas l'exercice de la profession dans son ensemble. Il ne s'agit donc pas d'évaluer *une profession en tant que telle, mais certaines des activités qui résultent de son exercice.* A titre d'exemple, l'activité notariale, c.-à-d. l'authentification d'actes, ne présente pas de caractère régalien, de l'avis de la CJCE.

[1] Daniel Kettiger/Matthias Oesch: Les conséquences du droit international sur la mensuration officielle en Suisse, expertise juridique du 31 août 2012 (version 4.0) pour le compte de l'Office fédéral de topographie

[2] Des contributions supplémentaires suivront dans «cadastre» n° 11 et 12

[3] Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681

[4] Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), RS 943.02

[5] Cf. Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7799, p. 7819

[6] Cf. Kettiger/Oesch (note 1), p. 27 ss.

Foto: KEYSTONE

Premier relevé, renouvellement, numérisation préalable et mise à jour périodique

En matière de premier relevé, de renouvellement, de numérisation préalable et de mise à jour périodique, seules les activités suivantes présentent un caractère régalien: examen préalable, enquête publique et approbation de l'oeuvre cadastrale. Ces tâches sont exclusivement réservées aux autorités. L'examen préalable relève de la compétence de la Direction fédérale des mensurations cadastrales (art. 27 al. 1 OMO[7]). L'enquête publique portant sur l'oeuvre cadastrale, procédure d'opposition comprise (procédure administrative formelle incluant les décisions relatives aux oppositions formées) est réservée à une autorité administrative. Il en va de même pour l'approbation (art. 29 al. 1 OMO). Les autres travaux relevant du premier relevé, du renouvellement, de la numérisation préalable et de la mise à jour périodique, pouvant être exécutés par des acteurs du secteur privé dans le cadre d'un mandat (entreprise), sont dénués de tout caractère régalien. Il n'est donc pas possible de restreindre le droit à la libre circulation des travailleurs étrangers pour ces diverses activités en se fondant sur l'exercice de la puissance publique.

Mise à jour permanente

La répartition des tâches entre le secteur privé et l'administration publique en matière de mise à jour et de gestion de la mensuration officielle est très largement définie par le droit cantonal. Il en résulte que la Suisse compte un grand nombre de *modèles différents.* Deux modèles de base peuvent toutefois être distingués, chacun d'entre eux comportant une sous-variante principale:

a. Mise à jour permanente et gestion des données aux mains d'un seul intervenant:
   Un service unique se charge de la mise à jour permanente et de la gestion de la mensuration officielle. Il peut s'agir soit d'une unité organisationnelle de l'administration publique, soit d'une entreprise privée mandatée à cette fin.
b. Séparation de la mise à jour permanente au sens strict et de la gestion des données:
   Les travaux de la mise à jour permanente peuvent être exécutés par toute personne inscrite au registre des géomètres. La gestion des données est en revanche confiée soit à une unité organisationnelle de l'administration publique, soit à une entreprise privée mandatée à cette fin.

Dans le cas de la mise à jour permanente, seules les deux activités suivantes peuvent être qualifiées de régaliennes: lorsqu'un géomètre conservateur est en droit de prendre lui-même une décision portant sur un *accès contesté aux données de la mensuration officielle,* il dispose d'un pouvoir de disposition, car dans la plupart des cantons où la gestion des données n'est pas assurée par l'administration elle-même, le rapport entre les géomètres conservateurs et les acquéreurs de données du secteur privé est un rapport de droit public et de subordination et non un rapport contractuel. Il en va de même lorsque le géomètre conservateur n'établit pas seulement des factures mais peut aussi *fixer des émoluments (de droit public) par voie de décision contraignante.* En présence de l'une ou l'autre de ces activités régaliennes, on peut considérer que la fonction de géomètre conservateur présente un caractère régalien dans le canton considéré, en raison de l'impossibilité à séparer, tant dans les faits que sur le plan juridique, les activités régaliennes des autres travaux de mise à jour.

Pourquoi une expertise juridique?

L'Office fédéral de topographie a commandé une expertise juridique dont l'objectif a été de procéder à une analyse détaillée des conséquences du droit international sur la mensuration officielle. Cette expertise constitue une excellente base pour les professionnels de la MO, puisqu'elle leur permet d'étudier les différentes questions en lien avec le droit international et de prendre les mesures appropriées lorsqu'elles s'avèrent nécessaires.

Nous souhaitons profiter de l'expertise juridique pour ouvrir un large débat. Pour y participer, utilisez la «boîte aux lettres» sur www.cadastre.ch/mail.

Direction fédérale des mensurations cadastrales

Daniel Kettiger
Avocat, Mag. rer. publ., Berne
info@kettiger.ch

Matthias Oesch
PD Dr. iur., LL. M., professeur assistant, avocat
Institut de droit économique européen et international, université de Berne, Berne
matthias.oesch@iew.unibe.ch

[7] Ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (OMO), RS 211.432.2