



Chapitre d'actes

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

**Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction
publique**

Tanquerel, Thierry

How to cite

TANQUEREL, Thierry. Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique. In: Les réformes de la fonction publique. Tanquerel, Thierry ... et al. (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 49–82. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30832>

Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique

THIERRY TANQUEREL

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Le droit du personnel de l'Etat relève-t-il et doit-il relever du droit public, dans une approche privilégiant la nature particulière de l'employeur en cause? Les rapports de travail du personnel de l'Etat peuvent-ils d'ailleurs, juridiquement, être régis par le droit privé? Et, si tel est le cas, cette voie, qui a été celle des origines¹, est-elle celle de l'avenir, dans une perspective d'unification du droit du travail et dans l'espoir d'alléger les contraintes qui pèsent sur l'Etat employeur pour faciliter sa gestion du personnel? Ces questions sont bien présentes dans la doctrine, mais agitent surtout, de façon récurrente, le débat politique.

A l'instar de BOIS² et RHINOW³ avant lui, MOOR se prononçait en 1992 pour la soumission générale des rapports de travail des agents de l'Etat au droit public, indépendamment de la qualification opérée par la loi ou par un contrat⁴. Son argument essentiel portait sur l'égalité de traitement et le manque de justification des distinctions opérées entre différentes catégories d'agents. Douze ans plus tard, HELBLING proposait au contraire de soumettre l'ensemble de la fonction publique au Code des obligations⁵. Il considérait notamment que l'existence d'un droit du travail multiple dans un petit pays comme la Suisse n'était plus guère justifiée⁶. Mais il admettait qu'un besoin résiduel de réglementation

1 HELBLING (2004) p. 242; RHINOW (1983) p. 433.

2 BOIS (1983) p. 12, qui n'exclut toutefois pas que « certains liens relèvent du droit privé ».

3 RHINOW (1983) p. 436 ss, spéc. p. 442.

4 MOOR (1992) p. 208-209.

5 Loi fédérale complétant le code civil suisse, du 30 mars 1911 (CO) – RS 220.

6 HELBLING (2004) p. 249.

par l'Etat subsisterait, notamment en matière de restriction des droits fondamentaux des employés de l'Etat⁷. Plus récemment, DONATSCH⁸ s'est prononcé contre l'application du droit privé pour des motifs constitutionnels. Aussi tranchées que puissent paraître ces positions ainsi résumées, la doctrine juridique reste de manière générale prudente et nuancée⁹.

Il n'en est pas toujours de même en ce qui concerne le débat politique sur le statut de la fonction publique, qui a vu la cote du droit privé se renforcer sérieusement depuis 20 ans. La flexibilité, et donc la diversité qui en découle tout naturellement, est régulièrement mise en avant comme une condition essentielle d'une gestion efficace, « moderne » entend-on souvent, du personnel étatique. Le droit privé est rituellement présenté comme un modèle de souplesse face à la rigidité supposée du droit public. A l'inverse, le droit public est souvent jugé par les organisations du personnel de l'Etat comme plus protecteur de leurs droits.

Lors de la première journée de droit administratif, en 1999, cette opposition avait été déjà fortement contestée, ou du moins relativisée¹⁰. Mais elle reste bien présente dans le débat public et dans la motivation des réformes législatives, comme le montre de façon éclatante la rhétorique du Conseil fédéral concernant la révision en cours de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000¹¹: le rapprochement avec le CO est associé à la « souplesse », ainsi qu'à la « dynamisation » et à la « modernisation » de l'administration¹². L'opposition entre un droit public rigide et un droit privé flexible n'est pas pour autant devenue plus pertinente. La question de la diversité des statuts est, quant à elle, d'une réelle actualité, sans nécessairement s'articuler sur cette opposition. Il y a lieu d'approfondir ces deux thèmes en cinq temps.

⁷ *Id.* p. 250.

⁸ DONATSCH (2010) n° 31 ss.

⁹ Ainsi déjà la remarque de MOOR (1992) p. 209, soulignant que l'extension du domaine du droit public qu'il préconise ne conduira pas à une amélioration substantielle de la situation du personnel lorsqu'il y a renvoi explicite au CO.

¹⁰ Voir notamment TANQUEREL (2000) p. 17-18 et 30 ss; BELLANGER (2000) p. 56 ss.

¹¹ LPers – RS 172.220.1.

¹² Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, du 31 août 2011 (ci-après: Message LPers), FF 2011 6171-6216. Voir à ce sujet MAHON/ROSELLO, II, A, 1, dans cet ouvrage.

Il convient d'abord d'analyser les causes de diversité dans le statut du personnel de l'Etat (II) et de souligner, à l'inverse, le rôle unificateur des droits et principes constitutionnels, et tout spécialement de l'égalité de traitement (III). On exposera ensuite comment le droit public peut incorporer les règles du droit privé, en se les appropriant (IV). Dans un quatrième temps, sera examinée la question de l'admissibilité d'un véritable statut de droit privé pour les agents de l'Etat (V). Enfin, il faudra se demander quelles sont véritablement les conséquences, de fond et de procédure, qui découlent du choix entre droit public et droit privé pour régir les rapports de travail du personnel de l'Etat (VI), avant d'en tirer quelques conclusions (VII).

II. Les causes de diversité

A. La diversification et la décentralisation de l'administration

L'administration helvétique a été marquée dès l'origine par la structure fédérale du pays et l'existence, dans la plupart des cantons, d'une forte autonomie communale. Il en découle une multiplication des employeurs étatiques et donc une diversité des réglementations des rapports de travail du personnel étatique : outre la Confédération, chaque canton, voire chaque commune dans les limites de l'autonomie qui lui est concédée par le droit cantonal, peut façonner à sa manière son droit du personnel. Pour HELBLING, cette situation est liée à la prédominance du droit public dans ce domaine¹³. Rien n'est moins sûr. Même si le droit privé s'appliquait à l'ensemble du personnel étatique en Suisse, rien n'empêcherait chaque employeur, au travers de sa liberté contractuelle et en particulier par des conventions collectives, d'imprimer sa marque distinctive sur les conditions d'emploi de son personnel. Seul le droit du travail impératif, certes aujourd'hui étendu, limiterait cette liberté.

Cela étant, cette fragmentation originelle de l'administration en Suisse s'est encore renforcée. En effet, l'organisation de l'administration a été marquée, depuis deux ou trois décennies par un mouvement centrifuge très fort¹⁴. Décentralisation et privatisation restent des mots d'ordre à la mode. Le morcellement de l'organisation administrative qui en découle

¹³ HELBLING (2004) p. 243.

¹⁴ TANQUEREL (2011) n° 97 ss.

induit, presque mécaniquement, une diversification encore plus poussée de la réglementation des rapports de travail du personnel. Lorsqu'une nouvelle entité administrative disposant d'une personnalité propre est créée, se pose inévitablement la question de ses rapports avec son personnel.

Si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé existante, celle-ci ne devient pas une entité étatique pour autant. Elle reste régie par le droit privé, quand bien même elle exercerait, entre autres, des tâches publiques¹⁵. Les rapports de travail de son personnel seront donc tout naturellement régis par le droit privé¹⁶. L'article 342, alinéa 1, lettre a, CO réserve en effet les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public, ce qui n'ouvre pas la voie à des dérogations au CO lorsque l'employeur est une personne de droit privé¹⁷. A vrai dire, en vertu du principe de spécialité, une loi fédérale pourrait déroger au CO, mais le législateur cantonal ou communal ne bénéficie pas d'une telle compétence.

Lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée pour cela ou, ce qui revient au même, lorsqu'une entité administrative est « privatisée » en ce sens qu'elle est transformée en personne morale de droit privé, la situation juridique est la même. Le Tribunal fédéral a clairement indiqué que, dans un tel cas, en dehors du cas des sociétés anonymes de droit public prévues par le droit fédéral ou par le droit cantonal selon l'article 763 CO, le droit privé du travail s'applique obligatoirement aux sociétés privées qui reprennent la place d'une entreprise auparavant publique à travers une privatisation formelle ou organisationnelle¹⁸.

15 La question de sa soumission, pour ces tâches, aux principes constitutionnels restant réservée, cf. *infra* III, A, 2 *in fine*.

16 HELBLING (2002) p. 98; voir aussi TANQUEREL (2000) p. 29 et spécialement la note 126 pour la doctrine citée.

17 JAAG (1999) p. 592-593.

18 Arrêt TF 2P.217/3003 du 22 octobre 2003, c. 2.3. Voir aussi JAAG (1999) p. 592-593 et KOLLER (1998) p. 125-126, ce dernier n'évoquant dans ce cas la soumission des rapports de travail au droit public que comme une possibilité théorique qui n'aurait guère de sens.

Il en va différemment lorsque la nouvelle entité administrative reste, en tant que telle, régie par le droit public, comme société anonyme ou fondation de droit public, ou comme établissement de droit public autonome. Pour HELBLING, l'applicabilité de principe du CO vaut également dans ce cas, le critère déterminant étant que l'entité en cause dispose d'une personnalité distincte de la collectivité publique. Si ce critère est rempli, on peut parler de « privatisation », fût-elle « impropre » (*unechte Privatisierung*)¹⁹. Pour cet auteur, l'article 342 CO ne permettrait de déroger au CO que pour la Confédération, les cantons et les communes au sens strict et non pour des entités de droit public juridiquement distinctes de ces collectivités. Ce point de vue ne convainc pas. Lorsque l'article 342, alinéa 1, lettre a, CO parle des « dispositions de la Confédération, des cantons et de communes », il vise l'auteur de ces dispositions et non l'employeur dans le rapport de travail concerné. Au demeurant, comme déjà relevé plus haut, la Confédération peut toujours, par une loi spéciale, déroger au CO. Mais, plus fondamentalement, lorsqu'une collectivité publique²⁰ crée une entité de droit public disposant de sa propre personnalité juridique pour assumer certaines tâches étatiques, elle procède à une décentralisation, mais non à une privatisation, puisque la nouvelle entité reste régie par le droit public²¹. Il n'y a donc aucune raison pour que le CO s'applique « par nature » à une telle entité. Que, dans certains cas, la décentralisation s'insère, politiquement, dans un processus qui vise à terme une véritable privatisation ou que, en ce qui concerne les sociétés anonymes de droit public, la participation d'actionnaires privés soit envisageable ou effective, n'y change rien. Au demeurant, la théorie de la soumission de principe au CO du droit du personnel des entités autonomes de droit public n'est pas suivie par la doctrine majoritaire²² et est démentie tant par le Tribunal fédéral, qui, dans

19 HELBLING (2004) p. 245 ss, (2002) p. 98-99 et (1998) p. 899, où les exemples donnés comprennent des fondations de droit public, des sociétés anonymes de droit public, ainsi que des établissements de droit public autonomes.

20 Par quoi il faut entendre la Confédération, les cantons ou les communes, cf. TANQUEREL (2011) n° 77.

21 JAAG (1999) parle, pour ces entités, de secteur « semi-étatique » (*halbstaatlicher Bereich*).

22 Voir p. ex. JAAG (1999) p. 594 et 603.



l'arrêt qui vient d'être cité, a expressément réservé le cas des sociétés anonymes de droit public²³, que par le législateur fédéral ou cantonal.

On observe en effet, que les solutions choisies par le législateur pour régler le sort du personnel des entités autonomes de droit public varient, comme le montrent les quelques exemples ci-après²⁴.

Le passage au statut de société anonyme de droit public pour les CFF n'a pas entraîné de changement majeur pour les employés de cette entreprise, qui restent fondamentalement soumis aux dispositions applicables au personnel fédéral, avec la possibilité de les modifier ou de les compléter par des conventions collectives, ce que prévoit expressément l'article 15, alinéas 1 et 2, de la loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998²⁵.

En revanche, pour la Poste, le passage du statut d'établissement autonome de droit public en société anonyme de droit public, implique, selon l'article 9 de la loi fédérale sur la poste du 17 décembre 2010²⁶, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2012, que le personnel est désormais engagé sous le régime du droit privé (al. 1), la Poste ayant l'obligation de négocier avec les associations du personnel une convention collective de travail (al. 2). Il en avait été de même pour Swisscom il y a quelques années: la transformation de l'entreprise en société anonyme de droit public avait entraîné l'application du droit privé aux rapports de travail du personnel²⁷.

Pour les écoles polytechniques fédérales, qui sont des établissements autonomes de droit public, c'est en principe la LPers qui s'applique, conformément à l'article 17, alinéa 2, de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991²⁸, sauf pour les chargés de cours externes, qui sont soumis au droit privé (art. 17a LEPF).

²³ Arrêt TF 2P.217/3003 du 22 octobre 2003, c. 2.3. Le fait que, dogmatiquement, le rattachement des sociétés anonymes de droit public au droit public ou au droit privé soit discuté, comme le remarque JAAG (1999) p. 592, n'y change rien.

²⁴ Voir aussi les exemples mentionnés par HELBLING (2004) p. 246.

²⁵ LCFF – RS 742.31.

²⁶ LPO – RS 783.1.

²⁷ Voir l'art. 16 de la loi sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (LET – RS 784.11).

²⁸ LEPF – RS 414.110.

Un exposé exhaustif aux niveaux fédéral et cantonal dépasserait le cadre de cette étude et n'aurait de valeur qu'illustrative. On se limitera donc à noter encore qu'en droit genevois, le personnel des entités de droit public autonomes est en général soumis au droit public (Fondation des parkings²⁹, Transports publics genevois³⁰, Services industriels de Genève³¹, Hospice général³²), mais avec quelques exceptions (Fondation pour l'animation socio-culturelle³³, Rentes genevoises³⁴).

Il faut retenir en définitive que le phénomène de décentralisation, diversification et privatisation qui affecte l'ensemble de l'administration fédérale et cantonale contribue à la diversité du droit du personnel étatique, sans que cela signifie nécessairement un passage de ce personnel sous le régime du droit privé.

B. La création de statuts spéciaux au sein d'une même entité

Il existe également des facteurs de diversité de la réglementation des rapports de travail au sein d'une même entité étatique.

C'est ainsi que certaines fonctions ou professions, exercées au sein de l'administration centrale, peuvent être soumises, pour des raisons historiques ou tenant aux particularités des tâches exercées, à une législation spéciale de droit public. Tel n'est pas le cas sur le plan fédéral. On trouve en revanche en droit cantonal des législations sectorielles spéciales, qui écartent complètement l'application de la loi générale, comme à Genève pour les enseignants³⁵. Parfois, la loi générale applicable est complétée

²⁹ Art. 21 de la loi sur la Fondation des parkings du 17 mai 2001 (RS/GE H 1 13).

³⁰ Art. 19, al. 2, let. o, de la loi sur les Transports publics genevois du 21 novembre 1975 (RS/GE H 1 55).

³¹ Art. 16, al. 2, let. m, et 38, let. g, de la loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973 (RS/GE L 2 35).

³² Art. 16, al. 2, let. l, de la loi sur l'Hospice général du 17 mars 2006 (RS/GE J 4 07).

³³ Art. 14 de la loi relative aux centres de loisirs et de rencontres et à la Fondation genevoise pour l'animation socioculturelle du 15 mai 1998 (RS/GE J 6 11).

³⁴ Art. 10, al. 2, de la loi concernant les Rentes genevoises – Assurance pour la vieillesse du 3 décembre 1992 (RS/GE J 7 35).

³⁵ Art. 1, al. 2, let. a, de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC/GE – RS/GE B 5 05) et art. 120 ss de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (RS/GE C 1 10).

par de substantielles dispositions spéciales dérogatoires. On peut mentionner à cet égard le droit du personnel de la police dans les cantons de Genève³⁶ et de Vaud³⁷.

La législation tant fédérale que cantonale prévoit aussi depuis longtemps la possibilité de déroger au statut de droit public en recourant au droit privé dans des cas particuliers. L'admissibilité de principe de ce recours au droit privé sera examinée plus loin³⁸. Il suffit à ce stade de constater que la LPers et de nombreuses lois cantonales comportent des dispositions en ce sens. Parfois, cette habilitation est soigneusement encadrée, comme dans le canton de Neuchâtel: le recours au contrat de droit privé y est admis « à titre exceptionnel », « notamment pour l'exécution de tâches spéciales ou de durée limitée, ou encore pour assurer le remplacement temporaire d'un titulaire de fonction publique »³⁹, de même que pour « le personnel dont l'activité est très partielle, en particulier le personnel enseignant »⁴⁰. Même si la porte est ouverte pour d'autres situations, les exemples fournis visent manifestement à illustrer le caractère exceptionnel du recours au contrat de droit privé.

Mais la tendance récente est à des formulations plus larges, comme à l'article 6, alinéa 5, LPers, qui permet au Conseil fédéral de soumettre au CO certaines catégories de personnel « lorsque cette mesure se justifie », en illustrant toutefois cette notion très indéterminée par l'exemple du personnel auxiliaire et des stagiaires, ainsi que du personnel recruté et engagé à l'étranger. L'article 15, alinéa 3, LCFF semble encore plus ouvert, en indiquant simplement que « la conclusion de contrats régis par le code des obligations est autorisée dans les cas où elle se justifie ».

Si la plupart des habilitations à recourir au droit privé semblent privilégier des circonstances objectives comme justification de ce recours, le canton de Bâle-Campagne présente un cas original: sa loi sur le per-

36 Art. 26 ss de la loi sur la police du 16 octobre 1957 (RS/GE F 1 05).

37 Art. 8 ss de la loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 (RS/VD 133.11).

38 *Infra* V, A.

39 Art. 7, al. 1, de la loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt/NE – RS/NE 152.510).

40 Art. 7, al. 2, LSt/NE.

sonnel prévoit en effet la possibilité de conclure un contrat de travail de droit privé sur demande du collaborateur en cause⁴¹.

Au sein d'une même entité étatique, il est donc possible de rencontrer des membres du personnel qui sont soumis à un statut, de droit public ou privé, différent de celui de la majorité des autres membres du personnel.

C. La contractualisation ?

On pourrait penser que le fait de remplacer la nomination des agents de l'Etat par un engagement de type contractuel, comme l'ont fait la LPers et un certain nombre de réglementations cantonales et communales, conduit aussi à une diversification des conditions d'emploi : au sein d'une collectivité, chaque contrat pourrait être « taillé » à la mesure de la personne engagée ou en fonction de sa capacité de négociation.

Cette première impression doit être fortement nuancée, voire remise en cause.

Premièrement, là où l'engagement contractuel a remplacé la nomination, la logique contractuelle n'a parfois guère été poursuivie au-delà de l'acte fondateur des rapports de travail. La LPers donne un exemple frappant de cette retenue. Les dispositions d'exécution auxquelles la LPers renvoie à de nombreuses reprises (p. ex. art. 15, al. 3, art. 16, al. 3, art. 17 et 18, art. 25, al. 1), donc des actes unilatéraux, règlent encore de nombreux détails des conditions d'emploi, notamment dans le domaine salarial. L'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001⁴² prévoit toujours une grille salariale organisée en classes, dans lesquelles les différentes fonctions sont colloquées (art. 36 et 55). L'article 37, alinéa 1, OPers prévoit en outre que, lors de l'engagement, l'autorité compétente « détermine le salaire » dans le cadre de la grille. La logique contractuelle aurait pourtant voulu que les parties conviennent du salaire de départ. Au demeurant, la LPers revient vers la décision unilatérale dès que les parties ne parviennent pas à se mettre

⁴¹ Art. 3, al. 2, de la loi du canton de Bâle-Campagne sur le personnel (*Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons*) du 25 septembre 1997 (RS/BL 150).

⁴² OPers – RS 172.220.111.3.

d'accord (art. 13, al. 3, LPers dans le cas du licenciement et art. 34, al. 1, LPers d'une manière toute générale).

Deuxièmement, la nécessité de respecter les droits fondamentaux et en particulier l'égalité de traitement ne permet pas à un employeur public d'utiliser toute la marge de manœuvre que la liberté contractuelle donne à un employeur privé⁴³.

Enfin, il n'est pas du tout certain que la capacité de négociation de la plupart des candidats à un emploi public soit très élevée. Du côté des employeurs, la nécessité de respecter les dispositions d'exécution édictées par l'autorité politique et l'existence de directives souvent très détaillées limitent fortement la capacité de moduler les conditions d'emploi pour chaque contrat. Même si, sauf erreur, aucune étude empirique significative n'a été menée à cet égard, il est vraisemblable que, dans une très forte proportion des engagements contractuels effectués par des entités étatiques, l'usage de contrats types, non négociés, a simplement remplacé la nomination aux conditions légales et que, dès lors, le passage à un régime contractuel n'a pas vraiment contribué à diversifier les conditions d'emploi du personnel étatique.

III. Les facteurs d'unification, en particulier l'égalité de traitement

A. La soumission de l'Etat employeur à la Constitution

1. *Le principe*

Il est admis de façon constante, tant par la jurisprudence⁴⁴ que par la doctrine⁴⁵, que l'Etat doit respecter, dans la gestion de son personnel comme ailleurs, les principes et droits constitutionnels qui encadrent l'ensemble de son activité. Pour paraphraser une formule de RICHLI, l'Etat reste l'Etat, même lorsqu'il est également employeur⁴⁶. Cette obligation

⁴³ *Infra* III, A, 2.

⁴⁴ Voir notes 47 à 52 *infra*.

⁴⁵ HÄNNI (2004) n° 9; TANQUEREL (2000) p. 10; POLEDNA (1999) p. 219; RICHLI (1998) p. 47; MOSIMANN (1998) p. 464; en ce qui concerne en particulier les droits fondamentaux HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1579; SUBILIA (2007) p. 46-47; BERTSCHI (2004) p. 631; HÄNER (1999); HAFNER (1992) p. 493 ss.

⁴⁶ RICHLI (1998) p. 47.

concerne aussi bien les libertés, comme par exemple la liberté d'expression⁴⁷, que les principes de la légalité⁴⁸, de l'égalité de traitement⁴⁹, de l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public, de la proportionnalité⁵⁰ et de la bonne foi⁵¹. Il en va de même du droit d'être entendu⁵².

2. *Son applicabilité en cas de recours au droit privé*

L'Etat doit respecter l'ensemble des règles constitutionnelles susmentionnées même lorsqu'il agit au moyen du droit privé. Cette exigence vaut pour la gestion de son personnel: l'Etat doit donc respecter les exigences constitutionnelles lorsqu'il soumet son personnel à un régime de droit privé. La quasi-totalité de la doctrine⁵³ et la jurisprudence⁵⁴ s'accordent sur ce point.

On peut se demander si le principe vaut sans exception ni assouplissement. Tel est certainement le cas lorsque l'Etat s'est volontairement soumis au droit privé. En revanche, lorsque l'Etat est soumis au droit privé parce qu'il agit comme n'importe quel particulier, dans un marché soumis à la concurrence, on peut admettre qu'il dispose d'une plus grande marge de manœuvre⁵⁵. La question des rapports de travail ne tombe de toute façon pas dans cette exception: la nature de l'Etat ne change pas du fait qu'il est considéré comme employeur dans un rapport juridique. Vis-à-vis de son personnel, il n'agit jamais comme n'importe quel particulier et doit donc respecter les droits et principes constitutionnels qui encadrent son action.

47 Voir p. ex. ATF 136/2010 I 332, M.; pour le personnel fédéral, SCHIBLI (2005).

48 Voir p. ex. ATF 129/2003 I 161, 163 ss, X.; 128 I 113, 121 ss, *Verein des Bündner Staatspersonals und Mitb.*; 123 I 1, 3 ss, X.

49 Voir p. ex. ATF 129/2003 I 161, 165 ss, X.

50 Voir p. ex. ATF 123/1997 I 296, 305 ss, X.

51 Voir p. ex. ATF 129/2003 I 161, 170 ss, X.

52 Voir p. ex. ATF 135/2009 I 279, O.

53 TANQUEREL (2000) p. 10, spéc. note 18 pour la doctrine citée. Voir aussi TANQUEREL (2011) n° 271; MÜLLER/VON GRAFFENRIED (2011) p. 168; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1550a; DONATSCH (2010) n° 18; BERTSCHI (2004) p. 631; BELLANGER (2000) p. 56 ss; HAFNER (1999) p. 205 ss; NGUYEN (1999) p. 432; HANGARTNER (1993) p. 40-41; REHBINDER (1992) n° 3 *in fine*.

54 RDAF 2007 I 42, 45 (TF 17.10.2005); Arrêt TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003, c. 2.3.

55 TANQUEREL (2011) n° 389.

On ne saurait donc suivre le point de vue, à vrai dire très isolé, défendu par SUBILIA selon lequel lorsque l'Etat fait le choix d'un rapport de droit privé, il serait *ipso facto* sur un pied d'égalité avec son personnel et serait dès lors libéré de la soumission aux droits fondamentaux⁵⁶. Cet auteur relève à juste titre, après MOOR⁵⁷, que la relation Etat-administré doit être distinguée de la relation Etat-employé. Mais il semble ensuite en tirer la conclusion que l'activité de gestion du personnel de l'Etat ne constituerait pas une tâche publique et, partant, ne devrait pas être soumise « aux principes généraux du droit public », en tout cas lorsque l'entité étatique en cause a opté pour un régime de droit privé. Or, si l'Etat est tenu de respecter les droits et principes constitutionnels c'est parce qu'il en est, en tant qu'Etat, le principal destinataire. Vis-à-vis de son personnel, il reste l'Etat quelle que soit la qualification qu'il souhaite donner aux rapports qui le lient à celui-ci⁵⁸. Il n'est d'ailleurs pas vrai qu'une qualification de droit privé met les deux parties sur pied d'égalité. L'Etat peut en effet toujours revenir, par une législation appropriée, à un régime de droit public. Il peut également influencer le contexte légal de la relation. Ces possibilités ne sont évidemment pas offertes à l'employeur privé. Enfin, si l'on suivait SUBILIA, il en résulterait que les collectivités publiques pourraient, par simple choix législatif, opter pour leur non-soumission à la Constitution, ce qui se heurterait frontalement à la suprématie de celle-ci.

On ne suivra pas non plus, à l'inverse, l'idée qu'un employeur privé serait aussi tenu par les droits fondamentaux envers ses employés s'il est chargé de l'exécution de tâches publiques⁵⁹. L'entreprise privée ainsi mandatée est certes tenue au respect des droits fondamentaux dans l'exécution de sa tâche envers les destinataires ou bénéficiaires de celle-ci, mais elle ne devient pas vis-à-vis de ses employés, une entité étatique, parce qu'elle exécute une telle mission. Au demeurant, lorsque, cas très fréquent, l'exécution de la tâche publique n'est pas la seule activité de l'entreprise privée en cause, il serait impossible de définir le champ d'application des contraintes constitutionnelles dans la gestion de son personnel. On

56 SUBILIA (2007) p. 49 ss.

57 MOOR (1992) p. 209.

58 HAFNER (1999) p. 206 ; RICHLI (1998) p. 58 ; voir aussi RHINOW (1983) p. 438-439, citant SALADIN.

59 Point de vue soutenu par HAFNER (1999) p. 206.

réservera cependant le cas où une entité entièrement contrôlée par l'Etat et n'exerçant que des tâches publiques est nominalement qualifiée d'entité privée, alors qu'elle constitue de fait une entité décentralisée de l'administration⁶⁰.

3. *Ses conséquences*

Il résulte de ce qui précède que la liberté contractuelle inhérente au droit privé sera limitée non seulement par les règles impératives de ce droit, mais aussi, pour l'Etat employeur, par l'obligation, aux conséquences pratiques significatives, de respecter les droits et principes constitutionnels. Les possibilités de diversifier les conditions d'emploi de cas en cas en seront limitées d'autant.

Plus généralement, le corps de contraintes constitutionnelles qui s'impose à l'Etat employeur limite sa marge de manœuvre dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit régissant son personnel. Il constitue donc un facteur d'unification de ce droit. Dans ce contexte, l'égalité de traitement est naturellement le droit constitutionnel qui limite le plus les tendances à la diversification.

B. **L'égalité de traitement**

1. *L'égalité dans la loi*

L'évolution du droit de la fonction publique vers toujours plus de diversité pose inévitablement la question de l'égalité dans la loi. Il convient de se demander, de cas en cas, dans quelle mesure, au sein d'une même collectivité, il est admissible de traiter certaines catégories de personnel différemment des autres⁶¹. En particulier, il faut déterminer si le simple fait que ce personnel soit attaché à une entité autonome de l'administration centrale est un motif suffisant pour une réglementation différente des rapports de travail. En principe, il se justifie aussi d'examiner si les statuts spéciaux prévus dans une même loi, concernant les employés temporaires, les personnes en formation, les auxiliaires, se justifient. Il

⁶⁰ On peut penser p. ex. au cas d'associations ou fondations de droit privé, dépendant entièrement d'un financement étatique et se consacrant exclusivement à des tâches d'enseignement ou d'éducation sous la direction de fait d'une collectivité.

⁶¹ MOSIMANN (1998) p. 466.

est certain que l'Etat dispose en la matière d'une large liberté d'appréciation. Mais il faut toujours que la différence de traitement puisse se fonder sur un motif raisonnable⁶². La diversité des tâches à accomplir, les contraintes particulières liées à certaines fonctions, les besoins justifiés d'autonomie dans la gestion du personnel d'entités décentralisées, notamment en lien avec le développement du dialogue social dans cette entreprise, voire la qualité des prestations individuelles⁶³, peuvent, entre autres, constituer un tel motif. Il est moins sûr que des motifs de convenue budgétaire justifient des traitements différents toutes choses étant égales par ailleurs. A cet égard, de nombreuses pratiques mériteraient discussion. En tout état de cause, l'examen de la compatibilité des différences de traitement avec le principe d'égalité de traitement devrait toujours être effectué. Cet examen peut conduire à des solutions nuancées, certaines différences étant justifiées, d'autres non, ce qui devrait exclure l'admission d'un traitement particulier sans limites pour certaines entités au sein d'une même collectivité.

Sous cet angle, l'employeur public conserve plus de contraintes qu'un employeur privé, même si le principe d'égalité⁶⁴ s'applique aussi dans une certaine mesure dans les rapports de travail de droit privé⁶⁵. Certains motifs de traitement différencié, comme par exemple les liens familiaux, peuvent, suivant les circonstances, être considérés comme raisonnables et ne portant pas atteinte à la personnalité de l'employé pour un employeur privé, alors qu'ils se heurteraient de front au principe d'égalité de traitement pour un employeur public.

2. *L'égalité devant la loi*

Il faut aussi souligner ici que le principe d'égalité de traitement devant la loi – comme les principes de proportionnalité ou d'interdiction de l'arbitraire – joue un rôle primordial pour encadrer le pouvoir d'appréciation de l'autorité. Ce pouvoir est nécessairement important en droit

⁶² ATF 135/2009 I 130, 137-138, *HCC La Chaux-de-Fonds SA et Neuchâtel Xamax SA*.

⁶³ RICHLI (1999) p. 121.

⁶⁴ Nous laissons de côté ici la question de l'art. 8, al. 3, *in fine* Cst. et celle de l'application de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (RS 151.1), qui concernent évidemment autant les employeurs privés que publics.

⁶⁵ SUBILIA-ROUGE (2003) p. 290.

du personnel, car le nombre et la diversité des situations à gérer rend illusoire toute tentative de régler par avance dans le détail toutes ces situations par une loi matérielle. L'emploi de notions juridiques indéterminées et l'octroi d'une véritable liberté d'appréciation à l'autorité sont donc inévitables⁶⁶. Dans ce contexte, le principe d'égalité limite toutefois la marge de manœuvre de l'autorité. Outre le poids des habitudes et une tendance à la prudence, cette contrainte est sans doute l'une des explications au fait que la contractualisation n'a pas mené à une individualisation poussée des rapports de service du personnel de l'Etat⁶⁷.

IV. Le droit privé incorporé au rapport de droit public

A. Le rapprochement matériel

Le mouvement de « rapprochement avec le droit privé », évoqué par le Conseil fédéral dans son message sur la révision de la LPers⁶⁸, par le Tribunal fédéral⁶⁹ et, presque rituellement, par la doctrine⁷⁰, passe d'abord par la reprise partielle ou totale dans le droit public du personnel de règles typiques du droit privé⁷¹ et par l'élimination ou le rétrécissement du champ d'application de règles typiques du droit public. La nouvelle réglementation reste de droit public, mais son contenu est désormais le même que ce que prévoit le droit privé pour les situations analogues.

On peut mentionner, comme exemples les plus frappants de ces rapprochements matériels avec le droit privé, l'engagement du personnel par le biais d'un contrat, même s'il reste de droit public⁷², la suppression de la période administrative remplacée par un système d'engagements de durée indéterminée, avec possibilité de licenciement moyennant le

⁶⁶ ATF 123/1997 I 1, 6, X.; 123/1997 I 296, 303, X.

⁶⁷ Voir déjà les craintes de RHINOW (1983) p. 438 sur la compatibilité d'un système contractuel de droit privé avec le principe d'égalité de traitement.

⁶⁸ Cf. note 12.

⁶⁹ ATF 132/2006 II 161, 163, X.

⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1550a; DONATSCH (2010) n° 1; HÄNNI (2004) n° 2; BERTSCHI (2004) p. 640; HELBLING (2002) p. 83; POLEDNA (1999) p. 210 ss et (1998) p. 917; MICHEL (1998) p. 218-219; MOSIMANN (1998) p. 455; HAFNER (1992) p. 486; RHINOW (1983) p. 434-435.

⁷¹ HELBLING (2002) p. 80.

⁷² Voir p. ex. art. 8 LPers.

respect d'un délai de préavis⁷³, l'assouplissement des conditions matérielles permettant le licenciement⁷⁴ ou encore la suppression du droit disciplinaire⁷⁵. On pensera aussi aux cas où les formulations du droit privé sont paraphrasées, comme à l'article 12, alinéa 7, LPers sur la résiliation immédiate des rapports de travail, qui reprend l'article 337, alinéa 2, CO. Le cas où le droit public renvoie explicitement et spécifiquement à des dispositions du droit privé, comme à l'article 14, alinéa 1, lettre c, alinéa 3, lettre a, et alinéa 4, LPers, revient au même: les dispositions de droit privé sont déclarées directement applicables et non pas, comme dans le renvoi général, dans la mesure où le droit public ne règle pas la question. Le résultat aurait été identique si la disposition en cause avait été recopiée.

Un procédé intéressant et significatif est celui consistant, dans le cadre d'une délégation législative, à se référer aux règles impératives du CO comme seuil de protection minimal des employés que devra respecter la réglementation reposant sur la délégation. On trouve une règle de ce type dans le droit argovien⁷⁶. L'article 6, alinéa 3, LPers, en lien avec l'alinéa 2 du même article peut aussi être interprété dans ce sens⁷⁷. Le Conseil fédéral prévoit de le dire plus explicitement dans son projet de révision de la LPers⁷⁸. Dans ce contexte, le CO représente un cadre

73 Voir p. ex. art. 12 LPers, art. 25 de la loi bernoise sur le personnel du 16 septembre 2004 (LPers/BE – RS/BE 153.01). La tendance à la suppression de la période administrative a commencé il y a un peu plus de quinze ans et s'est poursuivie au point qu'aujourd'hui le modèle de la période administrative n'est plus appliqué que dans quelques cantons et communes; cf. MICHEL (1999) p. 162-163 et (1998) p. 19 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1552.

74 Voir p. ex. l'art. 10, al. 3, let. b, du projet de modification de la LPers, qui remplacerait l'actuel art. 12, al. 6, let. b, LPers, ainsi que l'ajout de l'adverbe « notamment » au début de l'art. 10, al. 3, du projet (FF 2011 6202 et Message LPers, FF 2011 6181 ss). Voir à ce sujet MAHON/ROSELLO, II, B, 3, a, dans cet ouvrage.

75 Ce qui a été le cas notamment dans les cantons de Vaud (Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, LPers/VD – RS/VD 172.31) et de Zurich (*Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals* du 27 septembre 1998, RS/ZH 177.10).

76 Art. 46, al. 1, de la loi argovienne sur le personnel (*Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts*) du 16 mai 2000 (RS/AG 165.100).

77 MAHON/ROSELLO, II, A, 2 *in fine*, dans cet ouvrage.

78 Art. 37, al. 4, du projet, FF 2011 6210; Message LPers FF 2011 6194-6195; cf. MAHON/ROSELLO, II, B, 6, dans cet ouvrage.

matériel qui s'impose au pouvoir normatif délégataire. En cas de non-respect de ce cadre, la règle du CO devrait primer, en tant que règle de droit public supplétif.

B. Le droit privé comme droit public supplétif

1. *Le comblement de lacune*

Les dispositions du CO peuvent s'appliquer par analogie pour combler des lacunes de la réglementation de droit public régissant les rapports de travail du personnel étatique⁷⁹. Il convient pour cela que l'on soit en présence d'une lacune proprement dite ou au moins d'une inconséquence manifeste de la loi, d'une insuffisance inadmissible de celle-ci du point de vue téléologique et non d'un silence qualifié, ce qui se détermine par voie d'interprétation de la réglementation de droit public en cause⁸⁰. Il a aussi été souligné que le CO ne peut intervenir dans ce contexte que subsidiairement à des règles de droit public aptes à combler la lacune⁸¹. Mais il a été relevé à cet égard que le rapprochement matériel entre le droit public du personnel étatique et le droit privé pouvait limiter désormais la portée de ce principe : lorsque la réglementation de droit public en cause est « modernisée » et imprégnée d'un modèle entrepreneurial, les règles du CO peuvent être les plus adéquates pour combler une lacune⁸².

2. *Le renvoi général au CO*

De nombreuses collectivités, mais pas toutes, prévoient un renvoi général au CO pour les questions que leur législation de droit public ne règle pas⁸³. La formulation peut varier. L'article 6, alinéa 2, LPers indique que « si la présente loi et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement,

⁷⁹ MICHEL (1998) p. 215 ss; MOSIMANN (1998) p. 458 ss; POLEDNA (1999) p. 233 ss; BELLANGER (2000) p. 52; GIRARDET (2008) p. 59; BERTSCHI (2004) p. 619 ss; voir en particulier les exemples données par HELBLING (2002) p. 81-82 et (2004) p. 244-245.

⁸⁰ TANQUEREL (2011) n^{os} 440-446; BERTSCHI (2004) p. 619 ss.

⁸¹ MOSIMANN (1998) p. 459-460; MICHEL (1998) p. 215 ss; POLEDNA (1999) p. 233.

⁸² BERTSCHI (2004) p. 626.

⁸³ Sur cette technique du renvoi, MOSIMANN (1998) p. 456 ss; POLEDNA (1999) p. 213 ss; BERTSCHI (2004) p. 621 ss.

les dispositions pertinentes du code des obligations (CO) s'appliquent par analogie aux rapports de travail »⁸⁴. L'article 105 LPers/BE prévoit plus laconiquement que « les dispositions du Code suisse des obligations s'appliquent en tant que droit cantonal supplétif ». Quant à l'article 3 du Statut du personnel de la Ville de Genève⁸⁵, il prévoit qu'« en cas de lacune, les dispositions pertinentes du Code des obligations (CO) sont applicables à titre de droit public supplétif ».

Ces différents types de renvoi n'ont pas tous la même portée juridique.

Lorsque le renvoi n'est prévu qu'en cas de lacune, comme dans le Statut du personnel de la Ville de Genève, il convient d'établir d'abord l'existence d'une lacune, dont la définition a été rappelée plus haut⁸⁶. Si tel est le cas, la disposition de renvoi limite simplement la liberté de l'appliquateur qui doit combler la lacune : il devra puiser la solution dans le CO et non dans d'autres actes normatifs et ne saurait faire lui-même œuvre de législateur. L'opération reste néanmoins un comblement de lacune.

Mais lorsque, comme à l'article 6, alinéa 2, LPers, l'application du CO est prévue si la réglementation de droit public n'en dispose pas autrement, le CO est applicable directement, comme droit public supplétif, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait une lacune. Il suffit que la réglementation de droit public en cause ne prévoie pas une autre solution, ce qui peut résulter de la simple volonté du législateur de rester concis. Certes, l'interprétation de cette réglementation peut aboutir à la conclusion que son silence est qualifié, qu'elle règle une question d'une façon exhaustive qui exclut l'application du CO. Mais l'application de celui-ci reste facilitée, puisqu'elle constitue le principe dès qu'un point n'est pas réglé de façon différente par le droit public. En tout état de cause, on ne saurait parler de lacune, dès lors qu'une règle de droit susceptible de s'appliquer au problème posé est explicitement désignée⁸⁷. En conclure, en ce qui

84 On trouve la même formulation à l'art. 3, al. 2, de la loi du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures sur le personnel (*Personalgesetz*) du 24 octobre 2005 (RS/AR 142.21).

85 www.ville-geneve.ch/fileadmin/public/Departement_1/Autres_fichiers/statut-personnel-ville-geneve.pdf (consulté le 5 septembre 2012).

86 *Supra* IV, B, 1.

87 TANQUEREL (2011) n° 443; *contra*: HELBLING (2002) p. 81 et (2004) p. 249, qui traite l'art. 6, al. 2, LPers comme une règle de comblement de lacune; dans le même sens, JAAC 2005/69 n° 34 (Commission de recours du personnel fédéral).

concerne la LPers, que celle-ci ne serait qu'une collection d'exceptions au régime du CO est peut-être logiquement exact, mais peut donner une image faussée du contenu de la législation de droit public. Ce qui importe, c'est la densité normative de cette législation et la portée des solutions s'écartant du CO qu'elle comporte. Or, en ce qui concerne la LPers et l'OPers, qui consacrent, en tout cas dans leur teneur actuelle, le caractère public des contrats d'engagement, qui donnent une place importante à la décision, qui règlent de manière détaillée les conditions de licenciement et qui prévoient tout un arsenal disciplinaire, l'image d'une application de principe du CO avec une simple liste d'exceptions ne correspond guère à la réalité. Le cœur de la réglementation résulte bien du droit public, le CO venant compléter celle-ci, certes plus largement que dans le cadre d'un strict comblement de lacune, mais toujours à titre supplétif.

S'agissant de formules intermédiaires, comme celle du droit bernois, c'est classiquement au moyen de l'ensemble des méthodes d'interprétation qu'il conviendra de déterminer si l'on se trouve face à un renvoi qui rend le CO directement applicable ou simplement face à une règle de comblement de lacune.

C'est aussi par voie d'interprétation qu'il convient de déterminer si le renvoi est statique, c'est-à-dire vise la teneur du CO au moment de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi, ou dynamique, c'est-à-dire vise le CO tel qu'il est au moment où la question de son application se pose⁸⁸.

Il est parfois reproché au système du renvoi de provoquer une certaine insécurité juridique, dans la mesure où les dispositions applicables ne seraient pas clairement identifiées⁸⁹. C'est un argument de ce type qui a poussé le canton de Genève à supprimer un tel renvoi⁹⁰ lors de l'adoption de sa loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997⁹¹. A vrai dire, s'agissant, comme il est question ici, d'un renvoi au CO, on peut difficilement soutenir que les dispositions

⁸⁸ Sur ces deux formes de renvoi, POLEDNA (1999) p. 214; BERTSCHI (2004) p. 621 ss.

⁸⁹ POLEDNA (1999) p. 215-216 et 218.

⁹⁰ Arrêt Tribunal des conflits/GE du 20 décembre 2010 (ATA/908/2010), c. 3a.

⁹¹ RS/GE B 5 05.

de celui-ci relatives au contrat de travail sont mal connues ou peu accessibles. Un renvoi direct au CO ne pose donc pas de problème de connaissance du droit applicable, en tout cas lorsqu'il est dynamique. Quant au renvoi en cas de lacune, il favorise plutôt la sécurité du droit, l'applicateur disposant d'un corps de règles subsidiaires connu et éprouvé par une abondante jurisprudence. La prévisibilité de ses décisions pour les justiciables en est donc renforcée.

Le renvoi dynamique a aussi été mis en cause lorsqu'il aboutit à transférer la compétence de modifier le droit applicable à une autre collectivité, à qui cette compétence ne saurait revenir, et à soustraire cette modification du droit au contrôle du corps électoral de la collectivité normalement compétente⁹². Le problème ne se pose pas pour l'article 6, alinéa 2, LPers, puisque la compétence législative est dans ce contexte de toute façon fédérale. Mais il survient lorsqu'une norme cantonale ou communale adopte une formulation analogue à l'article 6, alinéa 2, LPers. Dans ce cas, le principe de l'interprétation conforme peut conduire à considérer le renvoi comme statique⁹³, au prix, il faut le relever, d'un accès plus difficile au droit applicable. Lorsque la norme de renvoi cantonale n'est qu'une règle de comblement de lacune, le problème perd de son importance: en cas de lacune, le corps électoral concerné ne s'est par définition de toute façon pas prononcé et il ne paraît pas contraire aux principes de répartition des compétences et de contrôle démocratique que l'applicateur soit orienté à l'avance, même de façon dynamique, sur la manière de combler une lacune.

C. La nature publique du droit privé incorporé

Qu'il soit repris matériellement, qu'il soit applicable par renvoi spécifique ou en vertu d'une clause générale d'application subsidiaire, le droit privé incorporé à un rapport de droit public devient du droit public⁹⁴, le cas échéant supplétif. A ce titre, le contrôle de son application se fera par les voies de recours de droit public⁹⁵. Contre la décision de dernière instance cantonale, c'est le recours en matière de droit public au Tribu-

⁹² POLEDNA (1999) p. 216 ss; BERTSCHI (2004) p. 621-622.

⁹³ BERTSCHI (2004) p. 624.

⁹⁴ HAFNER (1999) p. 197; STÄHELIN/VISCHER (1996) n° 3.

⁹⁵ HAFNER (1999) p. 197.

nal fédéral qui sera ouvert, si le cas ne tombe pas dans l'exception de l'article 83, lettre g, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁹⁶ et si les conditions de l'article 85 de cette loi sont remplies. En outre, l'interprétation des normes du droit privé appliqué à titre de droit public supplétif pourra être différente de ce qu'elle est dans le cadre de rapports de droit privé pour tenir compte des particularités du droit administratif⁹⁷.

V. Le véritable rapport de droit privé

A. L'admissibilité de principe du recours au droit privé

Si la doctrine majoritaire⁹⁸, mais non unanime⁹⁹, privilégie le droit public pour régler les rapports de travail du personnel de l'Etat, seule une partie va jusqu'à considérer qu'il n'est pas permis à l'Etat de choisir le droit privé et qu'il conviendrait de requalifier systématiquement tous ces rapports en relations de droit public, sous réserve de circonstances exceptionnelles¹⁰⁰. Sur le plan de la politique juridique, les motifs qui plaident il y a douze ans pour le rapport de droit public¹⁰¹ – notamment la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé, compte tenu du potentiel de flexibilité du droit public – n'ont pas changé et restent convaincants. Cela ne signifie pas encore qu'il existerait un principe juridique supérieur, s'imposant à toutes les collectivités, donc nécessairement de nature constitutionnelle, qui leur interdirait de soumettre leur personnel au droit privé et cela en tant que tel et non à titre de droit public supplétif.

Le législateur tant fédéral que cantonal part visiblement de l'idée qu'un tel principe n'existe pas et qu'il est libre de prévoir ou de permettre la soumission au droit privé de tout ou partie du personnel des entités

⁹⁶ LTF – RS 173.110.

⁹⁷ SJ 2010 I 449, 452 (TF 20.11.2009).

⁹⁸ Voir les auteurs cités *in* TANQUEREL (2000) p. 13, note 29; voir aussi DONATSCH (2010) n° 31 ss; HÄNNI (2004) n° 12 *in fine*; HAFNER (1999) p. 184.

⁹⁹ HELBLING (2004) p. 249; nuancé, SUBILIA (2007) p. 48 et 51.

¹⁰⁰ *Supra* notes 2 à 4 et 8.

¹⁰¹ TANQUEREL (2000) p. 30.

publiques. Nous avons vu que la législation fédérale et la législation cantonale prévoient expressément dans certains cas l'application du droit privé ou la possibilité pour le gouvernement ou la direction d'une entité décentralisée de soumettre certaines catégories d'employés au droit privé¹⁰². On relèvera que, même si l'on avait des doutes sur la constitutionnalité des normes légales fédérales en la matière, celles-ci devraient en tout état de cause être appliquées en vertu de l'article 190 Cst. On notera aussi que, dans certains cas, comme celui des apprentis, le droit fédéral impose aux cantons et aux communes le régime de droit privé¹⁰³.

Pour sa part, le Tribunal fédéral dans un arrêt qui fait référence, a certes jugé douteux que les cantons puissent de manière générale soumettre les rapports entre des entités publiques – en l'espèce les hôpitaux – et leurs employés – les médecins – au droit privé. Mais il a surtout précisé qu'une telle solution devrait en tout cas se fonder sur une norme cantonale claire¹⁰⁴, ce qui, pour le moins, laissait entendre que, moyennant le respect de cette condition, le recours au droit privé serait admissible. Quelques années auparavant, le Tribunal fédéral avait indiqué de manière plus directe que la soumission de certains rapports de travail du personnel étatique au droit privé n'était pas exclue, ni sous l'angle de la Constitution fédérale, ni, en l'espèce, sous l'angle du droit du canton de Bâle-Ville¹⁰⁵. Dans des arrêts plus récents, il est vrai non publiés, le Tribunal fédéral a soit suivi avec une certaine générosité le choix du canton ou de la commune de soumettre certains membres du personnel au droit privé¹⁰⁶, soit requalifié un rapport en droit public, mais sur la base d'une analyse des éléments constitutifs de ce rapport et non en raison d'une éventuelle interdiction de recourir au droit privé¹⁰⁷.

Sur le plan cantonal, la Cour de justice genevoise, tout comme avant elle le Tribunal administratif de Neuchâtel, ont souligné que les rapports entre l'Etat et ses agents relevaient en principe du droit public et que

¹⁰² *Supra* II, A et B.

¹⁰³ Art. 14, al. 1, de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (RS 412.10).

¹⁰⁴ ATF 118/1992 II 213, Z., 218-219.

¹⁰⁵ BJM 1986 340, 341 (TF 17.7.1985).

¹⁰⁶ Arrêt TF 8C_597/2010 du 14 juillet 2011; arrêt TF 4C.201/2005 du 21 février 2006, c. 1.

¹⁰⁷ Arrêt TF 2P.151/2005 du 9 février 2006, c. 5.

des rapports de droit privé ne pouvaient être admis que dans des cas exceptionnels, comme des emplois de brève durée ou l'accomplissement de tâches spéciales. Mais ils ont tous deux reconnu que l'application du droit privé pouvait être autorisée par une base légale expresse¹⁰⁸.

Seule la Cour constitutionnelle jurassienne s'est montrée plus restrictive. Sans l'exclure, elle a posé une limite stricte au recours au droit privé, qui ne saurait intervenir qu'exceptionnellement, pour des employés dont les prestations de travail n'entrent pas dans les activités propres au secteur public, sur la base d'une autorisation expresse de la loi ou rendue nécessaire par des raisons contraignantes. Sur ces prémisses, la Cour a requalifié un rapport de travail en rapport de droit public non pas en raison de ses caractéristiques, mais parce qu'elle estimait que le recours au droit privé n'était pas admissible dans le contexte en cause¹⁰⁹.

Il ressort ainsi de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le législateur fédéral ou cantonal peut, en édictant une norme claire à cet effet, décider de soumettre au droit privé ou permettre à l'autorité d'application de soumettre au droit privé certains rapports de travail du personnel étatique. Le législateur fédéral ou cantonal est d'ailleurs manifestement du même avis. A l'exception de la Cour constitutionnelle jurassienne, les tribunaux n'ont pas remis en cause les choix du législateur à cet égard. La doctrine se rallie majoritairement à l'idée que le recours au droit privé n'est pas exclu pour inconstitutionnalité et qu'il peut être admis si la loi le prévoit expressément¹¹⁰.

La position résultant de la jurisprudence du Tribunal fédéral paraît raisonnable. Une exclusion de principe du recours au droit privé ne correspond à l'évidence pas à la compréhension très largement majoritaire des contraintes constitutionnelles et à la pratique en la matière. A l'inverse, l'exigence d'une base légale expresse est tout à fait justifiée¹¹¹. A défaut,

¹⁰⁸ Arrêt CACJ/GE du 13 septembre 2011 (ATA 582/2011), c. 4c; RDAF 1999 I 202, 203 (TA/NE 16.11.1998). Voir aussi les arrêts cités par HÄNNI (2008) p. 41 (VS) et p. 51 ss.

¹⁰⁹ RJJ 1999 85, 91 ss (CC/JU 27.8.1999).

¹¹⁰ MÜLLER/VON GRAFFENRIED (2011) p. 156, 157 et 168; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1550a; SUBILIA (2007) p. 48; HÄNNI (2004) n° 12; HAFNER (1999) p. 192; NGUYEN (1994) p. 9; KNAPP (1991) n° 3070, pour qui « on ne peut ignorer la qualification légale délibérée ». *Contra*: DONATSCH (2010) n° 37.

¹¹¹ HAFNER (1999) p. 192-193.

le recours au droit privé, voire la « fuite » vers le droit privé, pourrait trop facilement constituer un moyen de contourner les contraintes posées par le statut de droit public du personnel étatique. Il n'y a donc pas lieu de retenir les suggestions selon lesquelles une entité étatique pourrait soumettre au droit privé les rapports de travail de certains de ses employés, hors habilitation expresse, si des motifs impérieux y poussent¹¹², si la loi ne l'exclut pas¹¹³ ou lorsque le droit cantonal ou communal s'est abstenu d'adopter des règles de droit public sur les rapports de travail¹¹⁴. On ne voit pas la justification de telles entorses au principe de la légalité, qui seraient d'ailleurs contraires à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans l'hypothèse où il n'existe ni réglementation de droit public, ni base légale expresse pour l'application du CO, celui-ci pourra éventuellement s'appliquer, dans le cadre d'un comblement de lacune, à titre de droit public supplétif¹¹⁵. L'article 342, alinéa 1, lettre b, CO, constitue une réserve impropre, découlant de la répartition constitutionnelle des compétences, en faveur du droit public de la Confédération, des cantons et des communes¹¹⁶ et ne peut donc être interprété comme « privatisant » les rapports de service du personnel de ces collectivités si celles-ci s'abstiennent de légiférer.

La base légale autorisant le recours au droit privé peut être fédérale, cantonale, voire communale dans la mesure où le droit cantonal le permet. Elle peut aussi consister en une prescription autonome d'une entité décentralisée; mais, dans ce cas, le droit de la collectivité dont dépend cette entité doit expressément autoriser celle-ci à prévoir le recours au droit privé dans ses prescriptions autonomes¹¹⁷. La base légale devra être formelle, par respect du parallélisme des formes, lorsqu'elle permet de déroger à un principe d'engagement de droit public lui-même prévu

112 STÄHELIN/VISCHER (1996) n° 4.

113 SUBILIA-ROUGE (2003) p. 292; VISCHER (1989) p. 4. Voir aussi HANGARTNER (1993) p. 33, qui admet que l'autorisation légale de recourir au droit privé peut être tacite.

114 GIRARDET (2008) p. 52.

115 En ce sens, RJJ 1999 85, 92 (CC/JU 27.8.1999) et BELLANGER (2000) p. 52.

116 BERTSCHI (2004) p. 622; POLEDNA (1999) p. 212; MOSIMANN (1998) p. 452.

117 *Contra*: BELLANGER (2000) p. 56, qui admet que l'entité peut fixer elle-même le statut si le législateur fédéral ou cantonal n'a rien prévu.

dans une loi formelle¹¹⁸, ce qui sera en pratique presque toujours le cas. Plus généralement, le principe même du recours au droit privé devrait figurer dans une loi formelle, les modalités pouvant faire l'objet d'une délégation. HAFNER¹¹⁹ ne pose cette exigence que pour les fonctions qui seraient tellement fondamentales pour la collectivité en cause que leur soumission au droit privé nécessiterait une légitimation démocratique plus élevée. Cette distinction paraît difficilement praticable et ne repose pas sur le bon critère. Ce qui justifie l'exigence d'une base légale formelle, c'est n'est pas l'importance des tâches exercées par les membres du personnel concerné, mais l'importance en tant que telle du choix d'un régime de droit privé en lieu et place du droit public.

B. Les limites du recours au droit privé

Le pouvoir du législateur de prévoir la soumission du personnel de l'Etat au droit privé étant admis, la question se pose de savoir si ce pouvoir rencontre certaines limites.

Pour la Cour constitutionnelle jurassienne, la nature des activités exercées par l'employé en cause est déterminante pour savoir si l'Etat peut choisir le droit privé ou s'il doit s'en tenir au droit public. Lorsque cette activité consiste à remplir une tâche d'intérêt public, le droit public s'impose. Sinon les rapports de travail peuvent être régis par le droit privé¹²⁰.

Ce critère n'est pourtant pas pertinent¹²¹. En effet, le rapport entre l'Etat et son employé ne change pas en fonction de la tâche accomplie par ce dernier. Et la nature juridique de ce rapport n'a, pour sa part, aucune influence sur le rapport entre l'Etat, représenté par son agent, et le public, par exemple en matière de responsabilité. Ce qui est déterminant,

¹¹⁸ HAFNER (1999) p. 193-194.

¹¹⁹ HAFNER (1999) p. 193.

¹²⁰ RJJ 1999 85, 94 ss (CC/JU 27.8.1999); sur la même ligne, BELLANGER (2000) p. 55. Voir aussi JdT 2012 III, 7 (TC/VD 19.1.2011): dans une note jointe à la publication de cet arrêt PIOTET considère que celui-ci consacre le critère de l'accomplissement d'une tâche publique pour déterminer l'application du droit public; l'arrêt n'évoque pourtant nullement ce critère et se fonde uniquement sur l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi cantonale faisant de l'employeur une personne morale de droit public.

¹²¹ Dans ce sens, MOOR (1992) p. 209.

c'est la nature publique de l'employeur qui, pour cette raison, n'est jamais vraiment sur un pied d'égalité avec son personnel et est soumis à des contraintes constitutionnelles particulières. C'est pourquoi, *a contrario*, le personnel d'une entité de droit privé sera régi par le droit privé¹²², même si cette entité s'est vu confier l'exécution de tâches publiques, souvent d'ailleurs en sus d'autres tâches qui relèvent de l'économie concurrentielle.

L'application du critère de la nature publique ou privée de la tâche exercée par le personnel en cause pourrait en outre aboutir à des différences de traitement entre employés d'une même entité étatique en fonction de leur cahier des charges quand bien même les nécessités de la gestion du personnel ne justifieraient nullement une telle différence de traitement : un employé d'une régie immobilière municipale pourrait être ainsi soumis au droit privé s'il gère les immeubles de rapport de la commune (patrimoine financier), mais devrait être sous un régime de droit public s'il s'occupe de logements sociaux (patrimoine administratif). Et s'il est chargé de gérer les deux types d'immeubles, le critère devient inopérant, car on ne saurait évidemment soumettre l'employé en cause à un double statut.

En définitive, la seule véritable limite constitutionnelle au choix des collectivités en la matière est le principe d'égalité de traitement : l'existence de statuts différents – de droit privé ou droit public – doit reposer sur des motifs objectifs suffisants. C'est dans ce sens qu'il faut prendre en considération l'exigence parfois posée par la jurisprudence que le recours au droit privé n'intervienne que dans des situations exceptionnelles, avec l'exemple des emplois de brève durée ou des tâches spéciales. Il s'agit, dans ces deux exemples, de motifs objectifs qui peuvent justifier un recours au droit privé, du point de vue de l'égalité de traitement, en dérogation à la règle générale de droit public.

La démonstration de la conformité à l'égalité de traitement sera plus facile à apporter lorsque la différence de statut résulte de l'appartenance à des entités différentes d'une même collectivité. A cet égard le type d'activité de l'entité en cause – et non les activités exercées par les membres du personnel pris individuellement – peut jouer un rôle. On peut ainsi alléguer que le caractère plus concurrentiel des activités de la Poste et de

¹²² *Supra* II, A.

Swisscom justifie un régime de rapports de travail privé, là où les CFF restent en principe dans le giron du droit public¹²³.

Au sein d'une même entité, l'existence de régimes différents devrait faire l'objet d'un examen critique. Il n'y a en effet pas de raison d'y traiter différemment des employés effectuant un travail similaire¹²⁴. Si le caractère véritablement temporaire d'un emploi peut constituer un critère admissible de distinction, tel ne devrait pas être le cas de l'origine du financement du salaire.

Reste encore à mentionner l'hypothèse dans laquelle, bien qu'étant expressément qualifiés de droit privé, les rapports de travail doivent être considérés comme relevant du droit public en raison de leurs caractéristiques ou d'une interprétation téléologique de la base légale pertinente¹²⁵. Dans un tel cas, les tribunaux pourront être amenés à requalifier la relation en cause¹²⁶.

VI. Les conséquences du choix entre droit public et droit privé

A. Le droit de fond

S'agissant du droit matériel, c'est devenu un lieu commun d'avancer le caractère plus flexible et plus léger de la réglementation de droit privé. Et, de fait, le passage d'un régime de droit public à un régime de droit privé a en général pour effet au moins le recours au contrat, une libéralisation des conditions de licenciement et la suppression du droit disciplinaire. On peut considérer ces changements comme favorisant la souplesse de la gestion du personnel. On peut aussi, d'une autre perspective, les juger comme des réductions des droits et garanties du personnel.

Mais la constatation que, *de facto*, le passage au droit privé entraîne ces changements, ne signifie nullement qu'ils ne pourraient pas se produire sous un régime de droit public. En effet, rien n'empêche le législateur, dans le cadre d'une réglementation de droit public, d'instaurer des

123 BELLANGER (2000) p. 50.

124 MOOR (1992) p. 209; TANQUEREL (2011) n° 270.

125 BELLANGER (2000) p. 53; HAFNER (1999) p. 198 ss.

126 Voir, p. ex., arrêt TF 2P.151/2005 du 9 février 2006, c. 5.

engagements contractuels, de faciliter les licenciements ou de supprimer le droit disciplinaire¹²⁷. Il devra certes respecter les principes constitutionnels. Mais nous avons vu que c'est également le cas s'il recourt au droit privé. En ce sens, le passage au droit privé ne donnera pas à l'employeur étatique la même liberté qu'à un employeur privé¹²⁸. Sur le fond, le droit public permet donc d'atteindre les mêmes résultats que le droit privé.

B. La procédure

Sur le plan procédural, un premier enjeu est celui des voies de droit fédérales contre les décisions cantonales de dernière instance: recours en matière de droit public ou recours en matière civile. La différence résidera dans l'exclusion du recours en matière de droit public pour les contestations non pécuniaires (art. 83, let. g, LTF) et dans le fait que le Tribunal fédéral ne revoit l'application du droit cantonal, y compris le CO appliqué à titre de droit public supplétif, que sous l'angle de l'arbitraire¹²⁹.

Pour les employés de la Confédération ou d'entités fédérales régies par la LPers, la soumission à un statut de droit privé conduit à remplacer le recours interne (art. 35 LPers) et le recours au Tribunal administratif fédéral (art. 36, al. 1, LPers), par l'action devant une juridiction civile cantonale¹³⁰.

S'agissant du contentieux cantonal, le passage au droit privé aboutit à écarter les voies de recours au profit de l'action judiciaire. Un double degré de juridiction est alors exigé (art. 75, al. 2, LTF). Mais le droit public peut aussi prévoir la voie de l'action, ce qui a été fait dans le canton de Vaud (art. 14 et 16 LPers/VD).

C'est pour la procédure non contentieuse que la différence est la plus flagrante: en droit privé, pas de décision, donc pas de « procédure » au sens strict et donc pas de droit d'être entendu – souvent développé, en

¹²⁷ TANQUEREL (2000) p. 30 ss.

¹²⁸ JAAG (1994) p. 439.

¹²⁹ Arrêt TF 8C_910/2011 du 27 juillet 2012, c. 5.1.

¹³⁰ A savoir le tribunal supérieur du canton de Berne ou du domicile du demandeur, en ce qui concerne les actions contre la Confédération, selon l'art. 10, al. 1, let. c, du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272).

droit public du personnel, au-delà du minimum constitutionnel. Le droit d'être entendu s'exercera dans la phase contentieuse, le double degré de juridiction compensant alors partiellement son absence dans la phase précédente¹³¹. Mais là encore, un résultat similaire peut être atteint en droit public, avec l'instauration d'un système d'action excluant la prise d'une décision préalable à celle-ci.

Les conséquences du choix entre droit public et droit privé semblent ainsi plus marquées sur le plan procédural qu'en ce qui concerne le droit matériel. Il faut toutefois souligner que le droit public pourrait fort bien remplacer le système du recours par un modèle d'action judiciaire, comme l'a fait le canton de Vaud, ce qui rapprocherait beaucoup les deux régimes. Ce rapprochement toucherait même la question du droit d'être entendu, puisque le régime de l'action est en général associé à l'exclusion d'une décision préalable, point d'ancrage nécessaire du droit d'être entendu.

C. Le véritable enjeu

Le choix de passer d'un rapport de droit public à un rapport de droit privé n'est donc pas la seule voie possible pour parvenir à une plus grande flexibilité du droit de fond ou pour organiser un modèle de contentieux fondé sur l'action judiciaire. Ces résultats peuvent aussi être atteints par le moyen du droit public.

On peut dès lors émettre l'hypothèse que c'est en réalité le processus et non le résultat qui est intéressant pour la collectivité étatique qui fait le choix de passer au droit privé pour régir les rapports de travail de son personnel. En changeant de régime, collectivement ou individuellement, la collectivité efface ou met de côté d'un seul coup toute la réglementation précédente. Certains de ses éléments peuvent certes être repris par un contrat de travail ou une convention collective. Mais on peut imaginer que le rapport de force est différent s'il faut reconstruire des garanties à partir du minimum constitutionnel ou s'il s'agit de redimensionner le cadre juridique des rapports de travail à partir d'un maximum

¹³¹ Voir cependant l'avis de NGUYEN (1999) p. 459, selon lequel les règles de procédure de première instance doivent aussi être respectées pour la résiliation par l'employeur public de contrats de droit privé. L'auteur ne mentionne pas expressément le droit d'être entendu, mais évoque l'obligation de motiver.

légal. C'est, dans cette hypothèse, moins une option juridique qui est à l'œuvre qu'une stratégie politique, dont ce n'est pas le lieu ici de discuter la justification.

VII. Conclusion

Depuis la première Journée de droit administratif de 1999, le mouvement de diversification et de privatisation du droit de la fonction publique s'est poursuivi, surtout par les effets de la décentralisation. Le droit privé n'a que peu progressé, en tant que tel, s'agissant de la réglementation des administrations centrales. Mais il a davantage été incorporé à cette réglementation.

Les termes du débat juridique, eux, non pas changé. La différenciation des statuts doit respecter le principe d'égalité de traitement. Celui-ci est au demeurant aussi applicable en cas de recours au droit privé. Ce dernier n'est pas exclu par principe, mais doit être prévu clairement par la loi.

Contrairement aux idées reçues, le recours au droit privé n'apporte, en tant que tel, pas plus de flexibilité que ne le permet le droit public. C'est donc plutôt comme méthode de changement ou de dérogation que comme résultat qu'il présente un intérêt pour les employeurs étatiques.

Dans ces conditions, on peut se demander si le processus le plus transparent, tenant le mieux compte de nature particulière d'un employeur étatique et tirant le meilleur profit tant des ressources souvent inexploitées du droit public que du corpus éprouvé du droit privé, n'est pas l'inscription des réformes jugées nécessaires dans un statut de droit public maintenu, avec renvoi au droit privé à titre de droit public supplétif.

Bibliographie

- AUBERT GABRIEL, BELLANGER FRANÇOIS, TANQUEREL THIERRY (éd.) (2000), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Zurich.
- BELLANGER FRANÇOIS (2000), « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée », in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (éd.) (2000) p. 43 ss.
- BERTSCHI MARTIN (2004), « Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht », *ZBl* 2004 p. 617 ss.
- BOIS PHILIPPE (1983), « La cessation des rapports de service à l'initiative de l'employeur dans la fonction publique », *R/JN* 1983 p. 9 ss.
- DONATSCH MARCO (2010), « Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst », *Jusletter* 3 mai 2010.
- GIRARDET PATRICK (2008), « Les rapports de service du personnel communal peuvent-ils être <privatisés>? », *RDAFI* 2008 p. 48 ss.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich.
- HAFNER FELIX (1992), « Öffentlicher Dienst im Wandel », *ZBl* 1992 p. 481 ss.
- HAFNER FELIX (1999), « Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse », in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 181 ss.
- HÄNER ISABELLE (1999), « Grundrechte im öffentlichen Personalrecht », in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 181 ss.
- HANGARTNER YVO (1993), « Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal », *Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht* 1993 p. 27 ss.
- HÄNNI PETER (2002), *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zurich.
- HÄNNI PETER (2004), « Personalrecht des Bundes », in: HEINRICH KOLLER/GEORG MÜLLER/RENÉ RHINOW/ULRICH ZIMMERLI (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Organisationsrecht, Teil 2*, Bâle/Genève/Munich.
- HELBLING Peter (1998), « Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst », *PJA* 1998 p. 899 ss.

- HELBLING PETER (2002), « Folgen im Personalrecht », in: RENÉ SCHAFFHAUSER/THOMAS POLEDNA (éd.), *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten*, Saint-Gall 2002, p. 75 ss.
- HELBLING PETER (2004), « Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR », *PJA* 2004 p. 242 ss.
- HELBLING PETER, POLEDNA TOMAS (éd.) (1999), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne.
- JAAG TOBIAS (1994), « Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich », *ZBl* 1994 p. 433 ss.
- JAAG TOBIAS (1999), « Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich », in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 587 ss.
- KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle/Francfort.
- KOLLER THOMAS (1998), « Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse », in: WOLFGANG WIEGAND (éd.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, Berne, p. 121 ss.
- MICHEL MATTHIAS (1998), *Beamtenstatus im Wandel: vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag*, Zurich.
- MICHEL MATTHIAS (1999), *Amtsdauersystem*, in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 155 ss.
- MOOR PIERRE (1992), *Droit administratif, Vol. III: L'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat*, Berne.
- MOSIMANN HANS-JAKOB (1998), « Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand? », *ZBl* 1998 p. 449 ss.
- MÜLLER ROLAND, VON GRAFFENRIED CAROLINE (2011), « Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung », *recht* 2011, p. 156 ss.
- NGUYEN MINH SON (1994), « Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel », in *Le travail et le droit*, Fribourg, p. 3 ss.
- NGUYEN MINH SON (1999), « La fin des rapports de service », in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 419 ss.

- POLEDNA TOMAS (1998), « Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick », *PJA* 8/1998 p. 917 ss.
- POLEDNA TOMAS (1999), Annäherungen ans Obligationenrecht, in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 209 ss.
- REHBINDER MANFRED (1992), « Kommentar zu den Art. 331-355 OR », in: *Commentaire bernois CO*.
- RHINOW RENÉ (1983), « Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung », in: PETER BÖCKLI/KURT EICHENBERGER/FRANK VISCHER (éd.), *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zurich, p. 429 ss.
- RICHLI PAUL (1996), *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management*, Berne.
- RICHLI PAUL (1998), « Öffentliches Dienstrecht im Banne leerer Staatskassen – Sanierungsbeitrag durch privatrechtliche Anstellung des Personals », *Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrechts* 1998, p. 27 ss.
- RICHLI PAUL (1999), « New Public Management und Personalrecht », in: HELBLING/POLEDNA (éd.) (1999), p. 101 ss.
- RICHLI PAUL (2000), « La réforme du statut de la fonction publique fédérale », in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (éd.) (2000), Zurich, p. 69 ss.
- SCHIBLI BEATRIX (2005), *Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals*, Zurich/Bâle/Genève.
- STÄHELIN PHILIPP (1993), « Öffentlicher Dienst im Wandel: Bemerkungen zum Aufsatz von Felix Hafner », *ZBl* 1993 p. 156 ss.
- STÄHELIN ADRIAN, VISCHER FRANK (1996), « Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR », in: *Commentaire zurichois CO*, vol. V 2c.
- SUBILIA OLIVIER (2007), « Note au sujet de l'arrêt 2P.137/2005: Les communes sont-elles condamnées à exercer leur puissance publique y compris contre leur volonté? », *RDAFI* 2007 p. 46 ss.
- SUBILIA-ROUGE LILIANE (2003), « La nouvelle LPers: quelques points de rencontre avec le droit privé du travail », *RDAFI* 2003 p. 289 ss.

- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2009), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne.
- TANQUEREL THIERRY (2000), « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (éd.) (2000) p. 7 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2011), *Manuel de droit administratif*, Genève/ Zurich/Bâle.
- VISCHER GEORG (1989), *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen*, Bâle.