

La privatisation de Swisscom face à la Constitution

Blaise Knapp

Professeur honoraire de l'Université de Genève, Genève

I. Introduction

Le Conseil fédéral a manifesté son intention de privatiser Swisscom par l'aliénation des actions dont la Confédération est titulaire et qui lui confère la majorité du capital et des voix au sein de cette société. Il a choisi de procéder par la voie de la révision de l'article 92 de la Constitution, suivie d'une procédure législative ordinaire.

Dans un article consacré aux privatisations¹, nous avons examiné quelles étaient les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises publiques, dans le cadre de la Constitution alors en vigueur, celle de 1874. Nous avons abouti à la conclusion que, sur un plan général, dès lors qu'une privatisation est une forme d'organisation sociale dictée par des conceptions nouvelles quant au rôle de l'Etat et des personnes privées dans l'organisation sociale, elle ne nécessite pas, en soi, une modification de la Constitution. Nous avons aussi constaté que la privatisation est la seule réponse permettant aux Etats de faire face à la globalisation et à l'internationalisation de l'économie mondiale dans des conditions juridiques et concurrentielles convenables.

Encore faut-il que la Constitution ne soit pas rédigée de telle manière que toute privatisation ne soit pas totalement, et par principe, exclue, ou que la privatisation d'une activité spécifique de l'Etat ne soit pas interdite, au moins implicitement. Il faut donc que la Constitution soit assez souple pour permettre, de manière générale, de modifier l'équilibre entre secteur

public et secteur privé qu'elle n'a pas fixé irrévocablement et que la privatisation spécifique envisagée soit possible à la lumière des textes constitutionnels spécifiques.

Nous avons enfin indiqué que, dans ce cadre, la privatisation nécessite une action du législateur qui doit en poser les règles tout en respectant les principes de l'intérêt public, de la proportionnalité, de la sauvegarde d'un service public minimum, de l'égalité des conditions de concurrence; enfin, il nous était apparu que la privatisation qui est une désaffectation et une aliénation d'un patrimoine acquis par les citoyens doit se faire dans le respect des meilleures conditions du marché.

Il convient d'examiner ces mêmes questions dans le cadre de la nouvelle Constitution du 18 avril 1999 et par rapport à Swisscom.

II. L'article 92 de la Constitution

Le point de départ de l'analyse est double. D'une part, l'article 94 de la Constitution fixe les principes de l'ordre économique en ce sens que la Confédération respecte le principe de la liberté économique, contribue à la prospérité et à la sécurité économique de la population, veille à créer un environnement favorable au secteur privé de l'économie et ne déroge à la liberté économique que si la Constitution le prévoit.

D'autre part, l'article 5 de la Constitution fixe les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit en ce sens qu'il soumet toutes les activités de l'Etat au droit et aux principes de l'intérêt public et de la proportionnalité; de plus, les organes de l'Etat doivent respecter le principe de la bonne foi.

Zusammenfassung:
Der Bundesrat beabsichtigt, die Swisscom, die sich heute noch mehrheitlich in der Hand des Bundes befindet, zu privatisieren. Zuerst meinte er, dies sollte ohne Änderung der Bundesverfassung nur mit einer einfachen Gesetzesanpassung geschehen. Aber nach den Ergebnissen der Vernehmlassung hat der Bundesrat seine Meinung geändert. Die Aufgabe der Norm in der alten Bundesverfassung, wonach die Einnahmen der Post in die Bundeskasse fliessen, würde für sich allein eine Privatisierung erlauben. Die Materialien zur Entstehung der neuen Bundesverfassung zeigen jedoch, dass der Verfassungsgeber eine Privatisierung ausschliessen wollte, weshalb sich eine Verfassungsänderung aufdrängt.

¹ B. KNAPP, Quelles limites constitutionnelles aux privatisations?, RSDA, n° spécial 1999, p. 1 ss.

Résumé: *Le Conseil fédéral envisage la privatisation de Swisscom, aujourd'hui encore majoritairement en mains de la Confédération. Il pensait, dans un premier temps, y procéder sans réviser la Constitution fédérale, par une simple adaptation législative. Mais devant les résultats de la procédure de consultation, il s'est ravisé. L'abandon, par la Constitution de 1999, de la règle disant que les recettes des postes reviennent à la caisse fédérale permettrait en soi un tel désengagement. Si une révision constitutionnelle est néanmoins nécessaire, c'est parce que les travaux préparatoires montrent que le constituant a voulu exclure la privatisation.*

La juxtaposition de ces deux articles montre que la Constitution ne s'oppose pas en soi à une privatisation d'une activité jusque-là exercée par la Confédération dès lors que celle-ci ne peut avoir une activité économique qu'à titre exceptionnel. Mais, dans la mesure où une privatisation est, pour ainsi dire, une action négative de la Confédération, en ce sens que celle-ci se désengage et renonce à une action jusque-là positive – que celle-ci ait été exclusive sous la forme d'un monopole ou simplement concurrentielle en qualité de participation à une activité commerciale ou industrielle sous la forme d'une participation à une société à but commercial ou industriel –, la Confédération doit respecter les règles de l'article 5 de la Constitution.

Elle doit, bien entendu, avant toute chose respecter la Constitution tant que celle-ci est la base et la limite de ses activités. Il y a donc lieu de s'interroger sur les activités que la Confédération peut ou doit avoir en matière de télécommunications. Si la Constitution a été révisée, la diversité de la formulation des activités que la Confédération peut ou doit déployer n'a pas été simplifiée.

Certes, le rôle de la Confédération se définit en général par les compétences que lui attribuent les articles 3 et 42 de la Constitution: accomplir les tâches que lui attribue la Constitution et assumer les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme, les autres «droits» restant à la disposition des cantons. Mais ces clauses générales doivent être interprétées à la lumière des divers articles de la Constitution qui précisent le rôle et le pouvoir d'intervention de la Confédération².

Les dispositions constitutionnelles spécifiques fixent certes les domaines d'intervention de la Confédération, mais elles utilisent des expressions qui ne permettent le plus souvent pas de définir avec certitude la nature, le degré et l'intensité de l'intervention fédérale. Ainsi,

la Confédération *légifère, pourvoit, veille, encourage, prend des mesures, gère, peut promouvoir, peut légiférer, peut prélever des contributions, fixe des principes*. Parfois, la formulation est inversée: la législation sur un objet relève de la Confédération.

Mais la nouvelle Constitution prévoit aussi que certains domaines relèvent de la Confédération, sans autre précision. Tel est le cas des affaires étrangères (article 54), des services postaux et des télécommunications (article 92) et du droit de battre monnaie et d'émettre des billets de banque (article 99, avec la précision que ce droit «appartient exclusivement à la Confédération»). Une interprétation littérale de ces trois articles chacun séparément pourrait faire penser que dans les cinq domaines en cause, la Confédération a une compétence exclusive et doit non seulement adopter une législation mais aussi déployer une activité concrète. En effet, les affaires étrangères ne sont que partiellement des objets de législation; battre monnaie et émettre des billets de banque sont des activités concrètes; de même les télécommunications sont avant tout un service concret qui n'est pas assuré par le simple fait de légiférer et de prendre des décisions même s'il est vrai que la législation fixe le cadre et les modalités des services à fournir.

Lorsque la Constitution donne à la Confédération le pouvoir de régir une activité sans y participer activement, elle lui confère le pouvoir ou lui impose le devoir de légiférer; lorsque la simple adoption de règles ne suffit pas à orienter les activités de tiers, la Constitution autorise la Confédération à encourager c'est-à-dire à subventionner les activités des privés et, par là, à les réglementer quand même, d'une certaine manière.

Mais, dans les domaines visés aux articles 54, 92 et 99, le pouvoir d'intervention de la Confédération est plus large, même s'il n'est pas uniforme: il est expressément exclusif en tant que droit régalién pour l'émission de la monnaie et des billets de banque (encore que dans les faits les moyens de paiement électroniques se substituent rapidement à ces moyens de financement des activités économiques); il est partagé de manière très limitée certes avec les cantons en tant que pouvoir de

² Voir à ce sujet notre contribution, Répartition des compétences et coopération entre la Confédération et les cantons, in: AUBERT/MÜLLER/THÜRER (éd.), Manuel de droit constitutionnel, Zurich (à paraître).

gérer les affaires étrangères; il n'est pas précisé en matière de services postaux et de télécommunications, même s'il exige une intervention directe dont l'ampleur n'est pas précisée.

Il est dès lors nécessaire de recourir à l'interprétation de l'article 92 alinéa 1^{er} selon son contexte (l'alinéa 2) et à l'interprétation historique. L'article 92 ne prévoit pas seulement que les télécommunications relèvent de la Confédération; il précise, dans son second alinéa, que «la Confédération veille à ce qu'un service universel suffisant soit assuré à des prix abordables dans toutes les régions du pays» et que les «les tarifs sont fixés selon des principes uniformes» (sans doute sous-entendu pour le service universel car sinon cette dernière précision empêcherait toute concurrence). Le second alinéa n'oblige ainsi pas expressément la Confédération à assurer elle-même un service universel; elle peut se décharger de cette obligation sur des tiers, sous réserve qu'elle doive définir ce que sont un «service universel suffisant», «des prix raisonnables» et «des principes tarifaires uniformes».

En effet, elle ne doit pas «pourvoir» au service universel suffisant comme elle doit «pourvoir» «à la sécurité du pays et à la protection de la population» (article 57) ou «à l'utilisation rationnelle de l'eau» (article 76), ni «gérer» l'activité comme elle le fait pour «les écoles polytechniques fédérales» (article 63) ou «des centres de recherches» (article 64) ou encore «une école de sport» (article 68). Elle a seulement le devoir de veiller qu'un service soit assuré, comme elle doit «veiller à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale» (article 77).

Dans ces devoirs définis par le verbe «veiller», la Confédération a, à notre sens, une obligation de résultat: il faut qu'un service universel suffisant soit assuré, il faut que les forêts puissent assumer leurs fonctions. En revanche, les moyens d'y parvenir ne sont pas fixés par la Constitution.

Il est néanmoins clair que le devoir de résultat implique que la Confédération a au moins un devoir subsidiaire d'assurer le service universel suffisant tel qu'il est dé-

fini par elle. La question est dès lors de savoir par quels moyens la Confédération peut et doit assurer que le service universel suffisant est effectivement assuré.

III. Différence avec l'ancienne Constitution

Historiquement - c'est là qu'intervient l'interprétation historique - la Confédération a assuré elle-même tout le service des télécommunications par un établissement de droit public sans personnalité juridique: l'entreprise des PTT. Depuis 1997, selon la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997, le monopole s'est ouvert en ce sens que l'obligation de fournir un service universel a pu être concédée à des entités autres que la Confédération. Ainsi un appel d'offres à concession de service universel est ouvert (article 16); si aucune offre adéquate n'est faite, l'Office fédéral de la communication peut faire appel à l'un des bénéficiaires d'une concession générale pour assurer le service universel (article 18); ce concessionnaire peut bénéficier d'une contribution à l'investissement si les investissements nécessaires à ce service ne peuvent pas être amortis dans les délais usuels (article 19). Il est bien évident que l'«appel» aura lieu en premier lieu auprès de Swisscom qui est contrôlée par la Confédération. On constate ainsi que, même sous l'ancienne Constitution dont l'article 36 imposait, à notre sens, des devoirs plus stricts à la Confédération comme nous allons le voir, la Confédération a chargé des tiers d'assurer le service universel.

La principale différence entre l'article 36 de l'ancienne Constitution et l'article 92 de la nouvelle (à part le fait que la Confédération n'est plus responsable selon l'alinéa 2 que du service universel suffisant) est la disparition de l'alinéa 2 de l'ancien article 36 qui prévoyait que les recettes de la poste appartenaient à la Caisse fédérale.

Nous avons émis l'avis³ que ce texte obligeait la Confédération à disposer d'une administration postale sous une forme lui laissant au moins la maîtrise des presta-

3 Voir B. KNAPP, La Constitution et les règles d'organisation des PTT, ZBl 1994, p. 489 ss.

tions et des recettes. Ceci excluait donc une organisation des télécommunications sous la forme d'une société anonyme de droit privé ou d'une société d'économie mixte au sein de laquelle la Confédération ne serait pas largement majoritaire dès lors que les tiers ne pourraient pas être – au moins directement – rémunérés.

On sait que l'avis a prévalu que, dès lors que la nouvelle structure ferait appel à des capitaux privés et serait, partant, une société d'économie mixte, ces capitaux devaient participer aux risques et aux profits de l'entreprise et devraient donc être rémunérés et que, selon le texte allemand de l'article 36 alinéa 2, seules les recettes de l'administration des postes (et non celles des postes) appartenaient à la caisse fédérale⁴. Allant même plus loin, l'Office fédéral de la Justice a exprimé l'avis que: «le passage à terme du statut de société de droit public à celui de société anonyme relevant purement du droit privé et se trouvant partiellement ou complètement en mains privées serait constitutionnellement parfaitement envisageable».

Finalement, la nouvelle entreprise Swisscom établie selon la loi du 30 avril 1997 est une société anonyme de droit public à laquelle s'appliquent toutes les règles du droit privé sous deux réserves: la Confédération doit détenir la majorité des voix et du capital social de Swisscom et le Conseil fédéral définit tous les quatre ans les objectifs de la Confédération en tant qu'actionnaire principal. Si Swisscom est bien encore une société anonyme de droit public et n'est pas une société classique d'économie mixte, elle le doit au fait qu'elle repose sur une loi et que l'actionnaire principal ne peut pas aliéner librement ses actions. On peut se demander si cette dérogation au droit commun justifie encore le statut spécial de Swisscom.

Quoi qu'il en soit, le maintien d'une majorité en mains de la Confédération avait

pour but de donner une certaine portée à l'obligation que les recettes des postes reviennent à la caisse fédérale. Suite à l'adoption du nouvel article 92 de la Constitution qui ne prévoit plus ce devoir, dans cette mesure, l'abandon d'une participation financière dans Swisscom n'est plus constitutionnellement contestable.

IV. Le souci du service universel manifesté au Parlement

Le maintien d'une majorité en mains de la Confédération avait aussi pour but d'assurer que le service universel suffisant soit garanti par la Confédération directement et non par l'intermédiaire de concessions à des sociétés internationales «universelles» ou «mondiales» peu intéressées à desservir «toutes les régions du pays à des prix raisonnables». Ce souci demeure.

Les travaux ayant conduit à l'adoption du nouvel article 92 illustrent bien cette préoccupation. Ainsi, l'article 75 du projet du Conseil fédéral comportait trois alinéas: le premier indiquait que «les télécommunications relèvent de la compétence de la Confédération»; le deuxième traitait du service universel; le troisième prévoyait que «les services des télécommunications de la Confédération versent leurs bénéfices à la Confédération»⁵.

La commission du Conseil national a proposé de dire, au premier alinéa, que «la législation sur les télécommunications relève de la Confédération»; une minorité a proposé la suppression du troisième alinéa⁶. La commission du Conseil des Etats a fait une proposition identique⁷.

Le Conseil des Etats s'est rallié à la proposition de sa commission⁸. Le Conseil national a suivi les propositions de la commission pour le premier alinéa et celle de la minorité de la commission pour l'alinéa 3⁹. Il n'y avait donc aucune divergence entre les Conseils. Néanmoins, les deux commissions en sont «revenues à la version initiale du Conseil fédéral» pour le premier alinéa, car «on a vu dans cette modification une volonté de camoufler un désir de privatisation totale» des services postaux et des télécommunications,

4 Voir message du Conseil fédéral à l'appui de la loi sur l'entreprise des télécommunications, FF 1996 III 1325s.

5 FF 1997 I 274 et 614.

6 FF 1998 I 316/7.

7 FF 1998 I 388.

8 BO/CE 1998 séance du 21 janvier, tiré à part, p. 82.

9 BO/CN 1998 séance du 28 avril, tiré à part, p. 291ss.

étant précisé que la formulation du Conseil fédéral «n'exclut absolument pas la possibilité de «concessionner» ce genre de service public»¹⁰.

Partant, l'interprétation littérale de l'article 92 alinéa 1^{er} de la Constitution, son interprétation dans le contexte de l'ensemble de l'article et de la Constitution et l'interprétation et la pratique historiques font qu'en l'absence, dans la nouvelle Constitution, de toute mention ou allusion relatives à une administration étatique des postes, il serait en soi possible, constitutionnellement, que la Confédération aliène les actions dont elle dispose dans Swisscom.

Il n'en reste pas moins que le refus clair du Parlement de ne conférer à la Confédération que le pouvoir de légiférer en matière de télécommunications nous paraît exclure que la Confédération laisse ce domaine d'activité à la libre concurrence en se bornant à réglementer le marché par des règles de police ne dérogeant pas à la liberté économique. Elle a un pouvoir d'agir plus étendu et a un devoir spécifique. Pour pouvoir donner effet à ce devoir et pour assurer le service universel, elle doit disposer d'un monopole; ce n'est en effet que dans le cadre d'un régime de concessions qu'elle pourra, en dérogation à la liberté économique, imposer à des tiers des obligations de service universel.

Ceci ne préjuge cependant en rien la question de savoir si la Confédération doit être active directement ou par une société privée qu'elle contrôle sur le marché des télécommunications au moins en ce qui concerne le service universel. A cet égard, on a vu que, lors des travaux ayant conduit à l'adoption du nouvel article 92, le Parlement a entendu s'opposer à une privatisation des télécommunications,

étant entendu qu'un système de monopole assorti de concessions à des personnes privées serait possible. Le Parlement s'est ainsi écarté de la conception de l'Office fédéral de la justice et n'a pas acquiescé à l'aliénation des actions de Swisscom: il a voulu écarter cette possibilité.

Dès lors, ce n'est qu'une fois que la Constitution aura autorisé la Confédération non pas à abandonner un tel monopole et à se contenter d'un simple pouvoir de légiférer mais bien à cesser de participer directement au marché des télécommunications, que l'aliénation totale ou partielle des actions de Swisscom pourra être envisagée. Encore faudra-t-il que le texte autorisant l'aliénation respecte les conditions de l'article 5 de la nouvelle Constitution: intérêt public (et non intérêt de Swisscom !), proportionnalité ainsi que principes d'égalité des conditions de concurrence et de respect des meilleures conditions de vente sur le marché que nous avons dégagées dans notre article précité¹¹.

Il appartiendra au constituant puis au législateur de décider des conditions d'une perte totale d'influence spécifique de la Confédération dans Swisscom ainsi que d'apprécier si, en l'absence de moyen direct d'assurer le service universel suffisant que lui impose l'article 92 de la nouvelle Constitution, la Confédération sera en mesure de respecter cette obligation. Si la réponse à cette question est positive, il y a lieu de réviser la Constitution. Sinon... Mais nous sortons là des considérations strictement juridiques pour entrer dans un autre débat. ■

10 BO/CE 1998 séance du 1^{er} décembre 1998, tiré à part, p. 216 et BO/CN 1998 séance du 9 décembre, tiré à part, p. 478.

11 Voir note 1 ci-dessus.