

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

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

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

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

## Sommaire

Préface .....	V-VII
<b>Partie I – Droit public : questions choisies</b>	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse .....	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement <sup>3</sup> .....	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i> .....	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung .....	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire .....	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde .....	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones .....	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré .....	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung .....	435-465
<b>Partie II – L'État et les acteurs privés</b>	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen .....	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées .....	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics .....	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme .....	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques .....	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle .....	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands .....	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat .....	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil .....	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht .....	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d'emplois des agents du secteur public en Europe .....	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte .....	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
<b>Partie III – Droit du territoire, de l'énergie et de l'environnement</b>	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs .....	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l'exemple de la téléphonie mobile .....	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d'affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung .....	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts .....	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise .....	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund .....	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz .....	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467 .....	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire .....	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

# L'État en concurrence avec le secteur privé

## Enjeux en matière d'égalité et de neutralité

### Sommaire

	Page
Introduction	675
I. L'égalité de traitement entre concurrents	676
A. Le rapport de concurrence	676
B. Les obligations à la charge de l'État	677
C. Des droits en faveur de l'État ?	679
II. La neutralité de l'État en matière de concurrence	681
A. La notion	681
B. Les activités de l'État en concurrence avec le secteur privé	682
C. L'interdiction du subventionnement croisé	684
D. L'interdiction d'autres distorsions de la concurrence	684
Conclusion	685
Bibliographie	686

### Introduction

L'État assume un grand nombre de tâches dont certaines sont de nature économique comme l'a excellemment analysé le récipiendaire de ces Mélanges, notre collègue et ami Etienne POLTIER<sup>1</sup>. De surcroît, il exerce d'autres activités économiques ne correspondant pas à des tâches étatiques. Dans l'un et l'autre cas, il est parfois en concurrence avec le secteur privé. Des prestations similaires et – pour utiliser une terminologie au cœur de la délimitation des marchés en droit de la concurrence – substituables sont ainsi fournies par une entité étatique et des entreprises privées.

Cette concurrence entre l'État et le secteur privé soulève un grand nombre d'enjeux politiques, économiques et juridiques. S'agissant de ces derniers, la discussion prend

---

\* Professeur à l'Université de Lausanne.

<sup>1</sup> POLTIER, p. 196 ss.



aussi une dimension constitutionnelle en Suisse. D'une manière générale, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) accorde une place significative à l'économie<sup>2</sup>.

Parmi ces enjeux constitutionnels, les exigences résultant de l'égalité de traitement entre concurrents (I) et du principe de neutralité de l'État en matière de concurrence (II) viennent notamment à l'esprit. Si l'État dispose d'une importante marge de manœuvre pour mener des activités économiques en concurrence avec le secteur privé, y compris lorsqu'aucune « défaillance du marché » n'est établie, il est néanmoins tenu de respecter, entre autres, les articles 27, 36 et 94 Cst.

## **I. L'égalité de traitement entre concurrents**

### **A. Le rapport de concurrence**

L'article 27 Cst. garantit l'égalité de traitement entre concurrents<sup>3</sup>. Il offre ainsi une protection renforcée par rapport à celle résultant de l'article 8 al. 1 Cst. Des différences de traitement entre concurrents économiques sont néanmoins admissibles si elles reposent sur une base légale adéquate et sont « réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi »<sup>4</sup>. Avec le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence, l'égalité de traitement remplit une fonction charnière parmi les dispositions de la Constitution fédérale se rapportant à l'économie<sup>5</sup>. Selon la jurisprudence, ce type d'égalité de traitement vise les concurrents directs, c'est-à-dire les « entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins »<sup>6</sup>. Ces quatre critères sont liés et doivent tous être réunis pour que l'article 27 Cst. s'applique. Ils ont été définis par le Tribunal fédéral et ne se trouvent dans aucune règle de droit en vigueur dans notre pays. Cette création jurisprudentielle ne se base par ailleurs sur aucune théorie économique établie.

---

<sup>2</sup> Voir spécialement art. 27 et 94-107 Cst.

<sup>3</sup> Voir spécialement SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 28-43 et les références. Pour un rattachement à l'art. 94 Cst., voir DUBEY, *Droits* II, N 2833 (voir néanmoins N 2842, qui renvoie à l'art. 27 Cst.).

<sup>4</sup> ATF 143 I 37, c. 8.2. Pour une approche différente, voir DUBEY, *Droits* II, N 2888 : « [...] l'égalité de traitement entre concurrents directs est soit respectée, soit violée, mais elle ne peut pas être limitée ».

<sup>5</sup> ATF 143 II 425, c. 4.2 ; ATF 142 I 162, c. 3.2.1.

<sup>6</sup> ATF 142 I 162, c. 3.7.2 ; ATF 141 V 557, c. 7.2 ; ATF 121 I 279, c. 4a, JdT 1997 I 264. Pour une présentation de la casuistique, voir Comm. Cst.-MAHON, art. 27 N 17 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 24.

Dans un souci de cohérence au sein de l'ordre juridique suisse, le Tribunal fédéral serait bien inspiré de se fonder sur le critère de *substituabilité*, largement répandu et admis en droit de la concurrence<sup>7</sup>. Ainsi, « le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés »<sup>8</sup>. Cette approche repose, économiquement, sur l'élasticité-prix croisée. Lorsque celle-ci est positive, elle signifie qu'une augmentation du prix d'un bien ou d'un service entraîne une augmentation de la demande d'un autre bien ou service. Les deux biens ou services sont, de ce point de vue, substituables. S'il n'appartient sans doute pas au Tribunal fédéral de procéder à une analyse économique pointue d'un marché, il ne saurait ignorer purement et simplement des études ou expertises montrant que deux biens ou services sont substituables. Du reste, la jurisprudence actuelle comporte un grand nombre de notions économiques complexes (« même branche économique », « même clientèle », « offre identique » et « mêmes besoins »), si bien qu'elle soulève plusieurs questions auxquelles il s'avère difficile de répondre pour peu qu'on les prenne au sérieux.

Cet élargissement de la notion paraît d'autant plus nécessaire lorsque la concurrence est faussée par l'État à son propre profit. Dans une telle hypothèse, le risque de conflits d'intérêts appelle en effet une protection judiciaire renforcée des entreprises du secteur privé en concurrence avec l'État. Au demeurant, rien n'empêche qu'une entreprise étatique serve de point de comparaison en vue d'établir une inégalité de traitement. Cette approche permet en somme de lutter contre des distorsions de la concurrence en se fondant sur un critère pertinent, celui de la substituabilité de produits ou de services, et de remédier à des inégalités de traitement préjudiciables à l'économie en Suisse. À cet égard, la Confédération et les cantons sont tenus, dans les limites de leurs compétences respectives, de veiller à « créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée » (art. 94 al. 3 Cst.).

## B. Les obligations à la charge de l'État

L'égalité de traitement entre concurrents économiques entraîne surtout des obligations négatives pour l'État. Celui-ci doit veiller à ne pas désavantager, sans motif admissible, un concurrent par rapport à d'autres. Plus délicate est la question de savoir si cette forme

---

<sup>7</sup> MARTENET, *Égalité*, p. 1096 ss ; HOFMANN, p. 95 s. ; SCHOTT, N 779 ; REICH, *Wirtschaftsfreiheit*, N 970 et les références ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 32. Semblant se diriger sur cette voie, BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 66. Comp. en outre RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 115 ss, N 138-146.

<sup>8</sup> Art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

d'égalité comporte aussi des obligations positives<sup>9</sup>, consistant notamment à octroyer une autorisation ou même à allouer une aide financière. Selon les circonstances, elle fonde un droit à l'obtention d'une autorisation, par exemple, d'usage accru du domaine public. Ainsi, un cirque discriminé par rapport au cirque *Knie* peut se prévaloir de la liberté économique pour obtenir plus souvent une autorisation d'installer son chapiteau<sup>10</sup>. Il n'est pas exclu qu'une aide financière puisse être réclamée sur le fondement de l'article 27 Cst. Supposons que deux scieries connaissant les mêmes difficultés financières soient implantées dans un canton. Se fondant sur une base légale valable, ne conférant toutefois aucun droit à une subvention, le canton aide l'une d'elles seulement sans que son refus concernant la seconde ne soit valablement justifié. La scierie désavantagée pourrait, à notre sens, s'appuyer sur l'article constitutionnel précité<sup>11</sup> pour obtenir une aide similaire. Seule cette solution permet d'éliminer la distorsion de concurrence<sup>12</sup> et ne crée aucune insécurité en retirant une subvention attribuée auparavant et peut-être déjà utilisée.

L'égalité de traitement entre concurrents économiques n'est pas garantie de manière absolue<sup>13</sup>. Aussi des restrictions sont-elles admises et le Tribunal fédéral se réfère aux conditions de l'article 36 Cst.<sup>14</sup>. Cette approche est globalement convaincante, en particulier lorsque la différence de traitement en cause répond à un intérêt public. Les exigences quant à la justification d'une différence de traitement entre concurrents économiques sont en principe renforcées, en ce sens qu'elles sont examinées de manière plus stricte que dans les situations où seul l'article 8 al. 1 Cst. est applicable<sup>15</sup>. Dans certains domaines toutefois, comme celui de l'aménagement du territoire, des différences de traitement sont inhérentes au système juridique, si bien qu'une certaine retenue lors du contrôle judiciaire est admissible<sup>16</sup>.

Enfin, l'article 27 Cst. n'empêche pas d'imposer des obligations particulières à l'État lorsque celui-ci accomplit une activité économique en concurrence avec des entreprises

---

<sup>9</sup> Pour une approche ouverte et nuancée sur ce point, voir RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 96 s., N 63-65.

<sup>10</sup> ATF 121 I 279, c. 6, JdT 1997 I 264.

<sup>11</sup> D'un avis différent, GRISEL, N 392 : « L'article 27 n'oblige jamais la collectivité publique à verser des subventions. »

<sup>12</sup> Sur ce point, comp., dans une optique plus large, MÜLLER/SCHEFER, p. 1069.

<sup>13</sup> Voir notamment MÜLLER/SCHEFER, p. 1057 s. ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, p. 114, N 137 ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 34 ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 63 s. ; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, p. 395 ss, N 103 ss.

<sup>14</sup> ATF 140 I 218, c. 6.3 ; voir aussi ATF 143 I 37, c. 8.2 ; ATF 141 V 557, c. 7.2. En doctrine, voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 34.

<sup>15</sup> ATF 121 I 279, c. 6, JdT 1997 I 264. En doctrine, voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 31.

<sup>16</sup> ATF 142 I 162, c. 3.7.2.

privées. En effet, il n'a pas pour fonction de protéger l'État<sup>17</sup>. Ainsi, l'interdiction du subventionnement croisé découle déjà de cet article lorsque l'égalité de traitement entre concurrents économiques est applicable. En revanche, lorsqu'une entreprise ayant un statut de droit public exerce une activité économique lucrative privée de manière autonome par rapport aux autorités étatiques et est titulaire de la liberté économique, elle est en principe placée sur un pied d'égalité pour ce qui concerne l'exercice d'activités économiques en concurrence avec le secteur privé<sup>18</sup>.

### C. Des droits en faveur de l'État ?

L'État peut être moins bien traité que ses concurrents et n'est en principe pas titulaire de la liberté économique. Ainsi, les collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) ne sont pas légitimées à se prévaloir de ce droit fondamental, même si elles exercent une activité économique<sup>19</sup>. Cette solution vise en tout cas les situations dans lesquelles l'activité correspond à une tâche étatique. À titre d'illustration, une commune distribuant de l'eau n'est pas habilitée à invoquer l'article 27 Cst. en vue de contester une norme ou une décision cantonale lui imposant des restrictions à cet égard. Lorsqu'une activité économique ne constitue pas une telle tâche, il n'est pas complètement exclu qu'une commune invoque accessoirement la liberté économique en lien avec la violation de la garantie de l'autonomie communale<sup>20</sup>. Qu'en est-il d'un gouvernement cantonal qui gère le patrimoine financier du canton et fait face à une exigence émanant d'une loi cantonale ou d'un acte fédéral, qu'il juge non valable, imprécise ou contraire au principe de proportionnalité ? Est-il habilité à invoquer la liberté économique à l'encontre du parlement cantonal ou d'une autorité fédérale ? Une réponse positive<sup>21</sup>, quoique soutenable au regard du texte de la Constitution fédérale, revient quelque peu à dénaturer les droits fondamentaux entendus comme des droits des personnes<sup>22</sup>. Dans ces litiges inter-

---

<sup>17</sup> Voir BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 25a.

<sup>18</sup> Voir notamment SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6.

<sup>19</sup> Comm. Cst.-MAHON, art. 27 N 6 ; GRISEL, N 427 s. ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 54 ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 32, qui s'interroge néanmoins sur l'évolution de la jurisprudence ; MARTENET, *État*, p. 223 ss. D'un avis partiellement différent, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 943, qui estiment que les collectivités publiques peuvent se prévaloir de la liberté économique lorsqu'elles « exercent une activité lucrative comme n'importe quel particulier » ; DUBEY, *Droits II*, N 2789, qui soutient la même position. D. HOFMANN semble également partager ce point de vue (p. 32 s.).

<sup>20</sup> Sur la possibilité pour les communes d'invoquer un droit fondamental en lien avec la violation de la garantie de l'autonomie communale, voir notamment ATF 131 I 91, c. 3.4., JdT 2006 I 507. En doctrine, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 943.

<sup>21</sup> Voir DUBEY, *Droits II*, N 2790.

<sup>22</sup> Voir, par analogie, art. 1 et 34 CEDH et le deuxième paragraphe du préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se

pouvoirs ou inter-niveaux, il nous semble plus satisfaisant d'examiner cette problématique à l'aune des articles 3 et 5 Cst. La jurisprudence devrait alors permettre à ce canton d'invoquer une violation des « principes de l'activité de l'État régi par le droit » dans le cadre d'un conflit de compétence l'opposant à la Confédération et faisant l'objet d'une action devant le Tribunal fédéral (art. 120 LTF).

Les personnes morales de droit public sont titulaires de la liberté économique si elles agissent comme des particuliers et jouissent, dans leur action, d'une autonomie par rapport à l'État<sup>23</sup>. *Swisscom SA*, société anonyme de droit public<sup>24</sup>, se trouve dans cette situation à notre avis<sup>25</sup>. Lorsque de telles entreprises accomplissent une tâche étatique, elles font cependant face à la réserve que nous venons de voir.

Enfin, les personnes morales de droit privé dont l'État est actionnaire majoritaire ou minoritaire sont en principe titulaires de la liberté économique si elles n'exercent aucune tâche étatique au sens de l'article 35 al. 2 Cst.<sup>26</sup>. Il en va, par exemple, ainsi d'une société anonyme dont le capital-actions serait majoritairement détenu par une ou plusieurs collectivités publiques. Cet actionariat ne suffit pas à les priver du bénéfice de cette liberté à l'encontre de mesures qui ne respectent pas les conditions de l'article 36 Cst. Il appartient toutefois à l'État de se poser la question de l'opportunité et même de la constitutionnalité de sa participation à une entreprise régie par le droit privé et n'assumant aucune tâche étatique. En revanche, une entreprise intégralement détenue par des collectivités publiques et ne bénéficiant d'aucune autonomie par rapport à celles-ci dans le

---

fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. » En Allemagne, voir notamment MICHAEL/MORLOK, N 460 et les références : « *Aber auch dann, wenn ein Hoheitsträger fiskalisch handelt bzw. staatlichen Eingriffen ausgesetzt ist und dabei Rechtspositionen wie ein Privater – z. B. Eigentum – geltend macht, liegt allein deshalb noch keine grundrechtsspezifische Gefährdungslage vor. [...] Es gilt also der Grundsatz, dass Grundrechtsträgerschaft sich nicht funktional, sondern personal bestimmt* » ; SACHS, p. 106 s.

<sup>23</sup> Comp. 142 II 369, c. 6.3.1, qui note que cette position est minoritaire, passe en revue les différents avis défendus en doctrine, mais ne tranche pas cette question. Pour une approche nuancée, voir également SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 54 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 21.

<sup>24</sup> Art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (RS 784.11).

<sup>25</sup> Cette question est laissée ouverte par le Tribunal fédéral (voir spécialement ATF 131 II 13, c. 6.4.1). D'un avis différent, HÄNNI/STÖCKLI, N 1861. S'agissant des liens entre Swisscom SA et la Confédération, voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 24 ss.

<sup>26</sup> Voir MARTENET, *Entreprises*, p. 145 et les références. En Allemagne, voir notamment GG Komm.-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 96 s.

cadre de ses activités est assimilable à l'État, si bien qu'elle ne peut en principe se prévaloir de la liberté économique<sup>27</sup>.

## II. La neutralité de l'État en matière de concurrence

### A. La notion

La neutralité de l'État en matière de concurrence est devenue un principe fondamental de l'ordre économique, même si elle n'est pas expressément mentionnée dans la Constitution fédérale. Elle fait, en quelque sorte, la jonction entre le principe de la liberté économique et celui d'égalité<sup>28</sup>. Elle empêche l'État, sans justification objective valable, de favoriser un ou certains concurrents au détriment d'autres et, plus globalement, de fausser la concurrence. Aussi n'est-elle pas garantie de manière absolue<sup>29</sup>.

La neutralité de l'État en matière de concurrence représente, au niveau des principes, le pendant de l'égalité de traitement entre concurrents économiques<sup>30</sup>. Seule la seconde est toutefois érigée en droit fondamental. La première ne confère, à elle seule, aucun droit individuel invocable en justice. Dans cette optique, sa place se trouve bel et bien à l'article 94 Cst. Elle oriente de manière générale l'activité de l'État, si bien que son application ne dépend pas de l'existence d'un rapport de concurrence directe, contrairement à ce qui résulte de la jurisprudence relative à l'article 27 Cst. Il sied d'ajouter que le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence s'applique de manière générale, même si les entreprises négativement affectées par une mesure sont publiques et ne sont, par hypothèse, pas titulaires de la liberté économique<sup>31</sup>.

Dans une perspective plus large encore, l'État doit s'abstenir de fausser la concurrence<sup>32</sup>, y compris en empêchant ou en rendant excessivement difficile l'entrée de nouveaux acteurs économiques sur un marché. Aussi la neutralité de l'État en matière de concurrence vise-t-elle la concurrence non seulement actuelle, mais aussi potentielle. Toutes les

---

<sup>27</sup> Dans le même sens, HÄNNI/STÖCKLI, N 1855 s. et 1861.

<sup>28</sup> Voir, dans une optique générale, MARTENET, *Égalité*, p. 553 ss, spécialement 595-597.

<sup>29</sup> Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996 (ci-après « Message Cst. »), FF 1997 I 1, 298 s.

<sup>30</sup> Voir ATF 143 II 425, c. 4.2, qui fait le lien entre les art. 27 et 94 Cst. ; ATF 142 I 162, c. 3.7.2 ; ATF 142 I 99, c. 2.4.2, JdT 2016 I 120.

<sup>31</sup> ABEGG/FREI, p. 297 et les références.

<sup>32</sup> Message Cst., FF 1997 I 298 ; BO CE 1998 240 (Arnold Koller, conseiller fédéral) : « *Staatliche Massnahmen dürfen den Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen nicht verzerren oder verunmöglichen.* » En doctrine, voir notamment Comm. Cst.-AUBERT, art. 94 N 15 ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 N 5.

autorités étatiques sont concernées et, vraisemblablement, aussi des personnes physiques ou morales de droit privé délégataires d'une tâche étatique (art. 35 al. 2 Cst. par analogie).

Enfin, une certaine subsidiarité de l'État quant aux activités économiques, en tant que principe d'orientation seulement<sup>33</sup>, se déduit aussi du principe de la liberté économique<sup>34</sup>. Il appartient avant tout au « secteur de l'économie privée » (art. 94 al. 2 et 3 Cst.) d'exercer de telles activités, sauf s'il s'agit, pour l'État, de remédier aux inefficiences du système économique, c'est-à-dire aux défaillances de marché<sup>35</sup>, ou de poursuivre des objectifs socialement ou économiquement plus ciblés que ceux qui résulteraient du marché<sup>36</sup>. La subsidiarité résultant de l'article 94 Cst. diffère de celle qui fait l'objet des articles 5a et 43a al. 1 Cst., lesquels répondent essentiellement à des considérations fédéralistes<sup>37</sup>. Par ailleurs, la subsidiarité dont il est question ici est dépourvue de tranchant. En effet, lorsque l'État exerce, lui-même ou par le biais d'une entreprise étatique, une activité en concurrence avec le secteur privé, sans bénéficier de droits particuliers, il ne constitue aux yeux du Tribunal fédéral qu'un concurrent supplémentaire, de sorte que la liberté économique n'est en principe même pas restreinte<sup>38</sup>.

## B. Les activités de l'État en concurrence avec le secteur privé

La neutralité de l'État n'empêche pas celui-ci d'accomplir des activités en concurrence avec le secteur privé, selon un arrêt de principe du Tribunal fédéral<sup>39</sup>. La Confédération, les cantons et les communes sont concernés par cette jurisprudence. Aussi doivent-ils respecter les limites qui en découlent et, plus largement, inscrire leurs activités économiques dans le cadre formé par la Constitution fédérale et l'ensemble du droit applicable.

<sup>33</sup> Comp. ATF 138 I 378, c. 8.4 et les références, JdT 2014 I 3 : « En définitive, le principe de subsidiarité ainsi proposé est davantage un modèle de politique économique qu'une règle juridique susceptible d'un contrôle judiciaire [...] »

<sup>34</sup> Voir spécialement VALLENDER/HETTICH/LEHNE, p. 191 ss, N 179-184. Dans un sens voisin, voir GRISEL, N 219-221, qui met l'accent sur l'art. 27 Cst. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 910 : « Exprimée en des termes positifs, cette fonction institutionnelle signifie que l'économie repose principalement sur l'initiative privée et l'autonomie des particuliers » ; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 N 98 : « *Demnach ist Wirtschaften grundsätzlich Sache der Privaten* » ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 N 4 ; comp. en outre BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 N 2 et les références, qui met en exergue le principe de « *Staatsfreiheit der Wirtschaft* ».

<sup>35</sup> Sur les différentes catégories de défaillances de marché, voir, pour une synthèse, TIROLE, p. 210 ss.

<sup>36</sup> Voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 3. En doctrine, voir HANGARTNER, N 9 *in fine*.

<sup>37</sup> ATF 138 I 378, c. 8.4, JdT 2014 I 3, à propos de l'art. 5a Cst.

<sup>38</sup> ATF 138 I 378, c. 6.2, JdT 2014 I 3.

<sup>39</sup> ATF 138 I 378, c. 6-9, JdT 2014 I 3.

Le Tribunal fédéral semble mettre l'accent sur l'obligation faite à l'État de ne pas évincer l'offre privée<sup>40</sup>. Il découle des articles 27 et 94 Cst., les deux interagissant<sup>41</sup>, une obligation pour l'État de prendre toutes les mesures permettant d'éviter une distorsion de la concurrence lorsqu'il accomplit une activité en concurrence avec le secteur privé<sup>42</sup>. Pour le surplus, une activité économique de l'État est compatible avec le principe de la liberté économique au sens de l'article 94 Cst., voire avec la liberté économique elle-même, si elle se fonde sur une base légale suffisante, répond à un intérêt public, respecte les principes de la proportionnalité et de la neutralité concurrentielle<sup>43</sup>. Il sied de se montrer exigeant quant au respect de ces conditions, notamment pour que cette participation de l'État à la concurrence soit suffisamment encadrée et légitimée sur le plan démocratique<sup>44</sup>.

Dans une optique plus générale, le fait qu'une collectivité publique fournisse elle-même des prestations en concurrence avec le secteur privé ne l'exempte pas de l'obligation de respecter les droits fondamentaux<sup>45</sup>. De ce point de vue, elle peut faire face à des contraintes supplémentaires par rapport à ses concurrents privés<sup>46</sup>, ce que le Tribunal fédéral omet de prendre en compte lorsqu'il parle de conditions égales offertes à l'État par rapport à ces derniers<sup>47</sup>. L'approche suivie par notre haute cour est en revanche pertinente lorsqu'une entreprise ayant un statut de droit public est titulaire des droits fondamentaux, notamment parce qu'elle agit comme un particulier et exerce une activité économique lucrative privée de manière autonome par rapport aux autorités étatiques.

<sup>40</sup> ATF 138 I 378, c. 6.2, JdT 2014 I 3.

<sup>41</sup> ATF 138 I 378, c. 6.1, JdT 2014 I 3.

<sup>42</sup> Voir REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1411 s. ; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 N 13 ; comp. en outre SCHOTT, N 732.

<sup>43</sup> ATF 138 I 378 consid. 6.3-9.7 ss, JdT 2014 I 3.

<sup>44</sup> Voir BIAGGINI, *GlernerSach*, p. 671 ss, LIENHARD, p. 816 ss et HETTICH, p. 1469 ss ; voir en outre KRAEMER/STÖCKLI, p. 37 s. et 45.

<sup>45</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1850-1860 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 6a : « *Staat bleibt Staat* » ; MARTENET, *État*, p. 226 ss. En Allemagne, voir notamment BVerfGE 128, 226 (244) ; GG Komm.-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 95 ; SACHS, p. 71 ; MICHAEL/MORLOK, N 471 : « *Weil es nur konstituierte Staatlichkeit gibt, ist schliesslich auch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates grundrechtsgebunden* » (caractères gras omis). Pour une approche quelque peu nuancée, voir BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 35 et les références : « *Es bleibt immerhin abzuwarten, ob nicht Fälle zu beurteilen sein werden, in denen die vollständige Grundrechtsentlassung im Wettbewerbsbereich zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Dabei ist zu beachten, dass eine Grundrechtsverpflichtung in diesem Bereich nicht deckungsgleich mit der sonstigen Bindung des Staates sein muss und das staatliche Wirtschaftshandeln durch die Grundrechtsbindung möglicherweise nur wenig beeinträchtigt wird.* » D'un avis différent, DUBEY, *Droits I*, N 313-317.

<sup>46</sup> MARTENET, *État*, p. 226 ss ; voire en outre BIAGGINI, *GlernerSach*, p. 674, N 4 *in fine*.

<sup>47</sup> Voir ATF 138 I 378, c. 6.3.2 et 8.4, JdT 2014 I 3.



## C. L'interdiction du subventionnement croisé

Le Tribunal fédéral proscrit spécialement, dans une importante mais insuffisante mesure, le subventionnement croisé entre l'activité de monopole et l'activité soumise à concurrence<sup>48</sup>, s'il est pratiqué « de manière systématique »<sup>49</sup>. Cette dernière adjonction est malencontreuse et incompatible avec les articles 27 et 94 Cst. pris conjointement<sup>50</sup>. Il convient encore d'observer que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux marchés publics, lorsqu'un soumissionnaire est étatique, interdit aussi le subventionnement croisé<sup>51</sup>.

Si l'établissement de comptabilités séparées entre l'une et l'autre est censé permettre de vérifier le respect de cette interdiction, il ne suffit pas pour autant. En effet, une marge de manœuvre et donc un risque existent généralement quant à la répartition de certains coûts entre ces deux activités – les salaires de certains employés non affectés spécifiquement et exclusivement à une seule d'entre elles, par exemple. Un audit annuel portant sur le respect de cette prohibition, réalisé par un cabinet d'audit indépendant et réputé, devrait être produit. On pourrait imaginer que l'organe de révision de l'entité concernée se charge de cette tâche.

## D. L'interdiction d'autres distorsions de la concurrence

Indépendamment de la problématique du subventionnement croisé, un risque plus général de distorsion de la concurrence existe lorsque l'État ou l'entité en cause dispose *de iure* ou *de facto* d'une relation particulière avec ses clients en lien avec ses activités de puissance publique ou monopolistiques. Tout doit être entrepris pour éviter d'en tirer un avantage concurrentiel. Une relation privilégiée avec des clients « captifs » ne saurait, par exemple, être utilisée et dévoyée en vue d'en tirer un avantage concurrentiel indu<sup>52</sup>. De plus, une obligation de transparence est mise à la charge de l'État ou de l'entité en cause<sup>53</sup>. À titre d'illustration, lorsqu'une entité étatique notifie des décisions aux admi-

---

<sup>48</sup> Voir ATF 143 II 425, c. 4.3 et les références ; ATF 138 I 378, c. 9, JdT 2014 I 3. Sur ce point, voir spécialement CONSEIL FÉDÉRAL, p. 20 s.

<sup>49</sup> ATF 138 I 378, c. 9, JdT 2014 I 3.

<sup>50</sup> Comp. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 27 N 17a, qui se montre sceptique. Également critique, REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1411 s.

<sup>51</sup> ATF 143 II 425 consid. 4.3 p. 431 s. et les références.

<sup>52</sup> Voir notamment STOFFEL/MURITH, p. 44 ss.

<sup>53</sup> Sur ce point, voir, dans une optique générale, OCDE, p. 28 : « Les entreprises publiques doivent observer des normes rigoureuses en matière de transparence et être soumises aux mêmes normes exigeantes de comptabilité, d'information, de conformité et de vérification des comptes que les sociétés cotées. »

nistrés, elle ne saurait, en règle générale, en profiter pour proposer à ces derniers des services qui se trouvent en concurrence avec le secteur privé, à moins de présenter simultanément et équitablement les offres concurrentes émanant de celui-ci. Une distorsion peut aussi résulter du fait qu'une entreprise publique consent des rabais globaux basés sur les prestations en monopole et en concurrence fournies à un client. Du reste, une mesure factuelle peut porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents garantie par l'article 27 Cst.<sup>54</sup>.

Le Tribunal fédéral n'exige pas la création d'entités juridiques distinctes, l'une accomplissant l'activité monopolistique ou liée à la puissance publique et l'autre les activités en concurrence avec le secteur privé. Cette approche est discutable eu égard à l'exigence de transparence. En effet, l'existence d'entités juridiques distinctes réduit le risque de confusion ou d'interactions problématiques entre les deux activités, susceptibles d'engendrer une distorsion de la concurrence<sup>55</sup>.

Enfin, l'existence d'une garantie de l'État en faveur d'une entreprise n'est admissible que si les conditions de l'article 5, voire celles de l'article 36 Cst., appliquées strictement, sont respectées. Postuler une interdiction d'une garantie de l'État<sup>56</sup>, même en la limitant aux situations dans lesquelles celle-ci n'est pas compensée<sup>57</sup>, est douteux dans la mesure où une garantie étatique implicite est presque inévitable lorsqu'une entreprise est détenue par l'État. Or, dans un tel cas, il est extrêmement difficile de déterminer en quoi consiste une rémunération appropriée de la garantie et, dans une perspective plus générale, d'en définir les contours<sup>58</sup>.

## Conclusion

La Constitution fédérale ménage à la Confédération et aux cantons une marge de manœuvre significative en vue d'exercer des activités économiques en concurrence avec le secteur privé. Pourtant, les risques de distorsions de la concurrence, se traduisant notamment par des avantages en faveur d'une entreprise ou autre entité étatique, ne sauraient être négligés dans une telle hypothèse. Les dispositions de droit matériel de la loi sur les cartels ne visent en principe pas ce genre de situations, à moins que celles-ci donnent lieu à des abus de position dominante. La loi sur le marché intérieur, quant à

---

<sup>54</sup> ATF 138 I 378, c. 6.2.2 et les références, JdT 2014 I 3.

<sup>55</sup> Voir également REICH, *Gebäudeversicherung*, p. 1412 ; STOFFEL/MURITH, p. 46.

<sup>56</sup> SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 N 6.

<sup>57</sup> BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 N 67.

<sup>58</sup> Comp. HETTICH/KOLMAR, p. 289 s.

elle, offre avant tout une protection lorsque les avantages restreignent la liberté d'accès au marché.

La marge de manœuvre des collectivités publiques n'est pas pour autant illimitée, puisqu'elle doit être exercée dans le respect de l'égalité de traitement entre concurrents économiques et du principe de neutralité de l'État en matière de concurrence, tous deux déduits de la Constitution fédérale par le Tribunal fédéral. Face aux risques de distorsions de la concurrence en cas d'activité de l'État en concurrence avec le secteur privé et compte tenu du fait que le contrôle résultant du droit ordinaire est fort limité en la matière, il se justifie de donner à ces exigences constitutionnelles un sens permettant d'encadrer de manière plus effective les activités économiques étatiques. Concrètement, l'application de l'égalité de traitement entre concurrents économiques doit reposer sur le critère de substituabilité entre différents produits ou services. De surcroît, le Tribunal fédéral doit compléter et affiner sa jurisprudence afin de prohiber d'autres formes de distorsions de la concurrence que celle que vise l'interdiction du subventionnement croisé.

Enfin, toute attitude fermée de la part de la Suisse à l'endroit du contrôle des aides d'État est malvenue. D'une part, de telles aides sont nombreuses en Suisse et engendrent des distorsions de la concurrence. D'autre part, la conclusion d'autres accords bilatéraux avec l'Union européenne et l'actualisation des accords existants impliquent vraisemblablement des concessions, notamment dans ce domaine. En écartant cette pierre d'achoppement de la voie bilatérale, la Suisse ferait en somme d'une pierre deux coups.

## Bibliographie

- ABEGG Andreas / FREI Marco, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, *recht* 2017, p. 290 ss.
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (Comm. Cst.-AUTEUR).
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013.
- BIAGGINI Giovanni, Note sur l'ATF 138 I 378, *ZBl* 2012, p. 671 ss (*GlarnerSach*).
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017 (Komm. BV).
- CONSEIL FÉDÉRAL, État et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels, rapport du 8.12.2017.
- DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux*, 2 vol., Bâle 2018 (*Droits I/II*).

- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., St-Gall/Zurich 2014 (*SG Komm. BV-AUTEUR*).
- GRISEL Etienne, *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006.
- HANGARTNER Yvo, Note sur l'ATF 138 I 378, *PJA* 2012, p. 1819 ss.
- HÄNNI Peter / STÖCKLI Andreas, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 2013.
- HETTICH Peter, Note sur l'ATF 138 I 378, *PJA* 2012, p. 1469 ss.
- HETTICH Peter / KOLMAR Martin, « Wettbewerbsverzerrung » und « Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit » aus interdisziplinärer Sicht, *ZBl* 2018, p. 275 ss.
- HOFMANN DAVID, *La liberté économique suisse face au droit européen*, Berne 2005.
- KIENER Regina / KÄLIN Walter / WYTENBACH Judith, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018.
- KRAEMER Raphael / STÖCKLI Andreas, *Grenzenlose Staatswirtschaft ?, recht* 2013, p. 28 ss.
- LIENHARD Andreas, Note sur l'ATF 138 I 378, *RJB* 2013, p. 816 ss.
- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève, Paris et Bruxelles 2003 (*Égalité*).
- MARTENET Vincent, Les droits fondamentaux dans les entreprises privatisées, *Annuaire 2008 de l'Association suisse de droit public de l'organisation*, Berne 2009, p. 125 ss (*Entreprises*).
- MARTENET Vincent, L'État en tant que destinataire des droits fondamentaux, in : Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (édit.), *Mélanges en l'honneur de Thierry Tanquerel*, Genève/Zurich 2019, <p. 221 ss (*État*).
- MAUNZ Theodor / DÜRIG Günter (fond.), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich dès 1958 (*GG Komm.-AUTEUR*).
- MICHAEL Lothar / MORLOK Martin, *Grundrechte*, 7<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 2020.
- MÜLLER Jörg Paul / SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, éd. 2015.
- POLTIER Etienne, Délégation d'activités économiques de l'État, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 193 ss.
- REICH Johannes, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich/Saint-Gall 2011 (*Wirtschaftsfreiheit*).
- REICH Johannes, Gebäudeversicherung und « negativ nachgeführte » Bundesverfassung, *PJA* 2013, p. 1399 ss (*Gebäudeversicherung*).
- RHINOW René / SCHMID Gerhard / BIAGGINI Giovanni / UHLMANN Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.
- SACHS Michael, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin/Heidelberg 2017.
- SCHOTT Markus, *Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, Zurich/Saint-Gall 2010.
- STOFFEL Walter A. / MURITH Simon, Entreprises publiques et droit de la concurrence, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), *Droit de la procédure, activité économique de l'État et cartels fondés sur des algorithmes*, Berne 2019, p. 35 ss.

TIROLE Jean, *Économie du bien commun*, Paris 2016.

VALLENDER Klaus A. / HETTICH Peter / LEHNE Jens, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2007.

WALDMANN Bernhard / BELSER Eva Maria / EPINEY Astrid (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015 (*BS Komm. BV-AUTEUR*).