

L'État, la concurrence et les droits fondamentaux

VINCENT MARTENET*

Mots-clés: État, concurrence, droits fondamentaux, neutralité en matière de concurrence, responsabilité des entreprises

A. Introduction

L'État participe à la vie économique lorsqu'il assume des tâches étatiques ou quand il exerce d'autres activités. Certaines de ces tâches et activités sont accomplies en concurrence avec le secteur privé. Se pose alors la question de savoir si l'État est tenu en toutes circonstances de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Il convient de distinguer plusieurs situations à cet égard (A). À cette analyse s'ajoute celle qui consiste à se demander si l'intensité de l'obligation de respecter ces droits – du moins certains d'entre eux – varie notamment en fonction de l'existence d'un régime de concurrence auquel l'État fait face.

Destinataire des droits fondamentaux, l'État en est-il parfois titulaire, spécialement lorsqu'il est engagé dans le processus économique et soumis à la concurrence du secteur privé (B)? Peut-il, en d'autres termes, exiger de lutter à armes égales avec ses concurrents privés? Ces questions extrêmement délicates invitent à prendre du recul et à s'interroger sur la contribution des droits fondamentaux à la définition des règles du jeu de la concurrence. L'obligation de respecter ces droits et, par ricochet, la titularité de ceux-ci ne sont-elles pas devenues des paramètres concurrentiels dont l'importance ne cesse de diminuer? Plutôt que de s'opposer, la concurrence et le respect des droits fondamentaux ne vont-ils pas de pair l'une avec l'autre dans une économie de marché, du moins telle que l'on connaît celle-ci dans les États de droit démocratiques, libéraux et sociaux?

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne; Juge suppléant au Tribunal fédéral. L'auteur tient à remercier sa collègue Evelyne Schmid, professeure à l'Université de Lausanne, de ses précieux commentaires sur le manuscrit.

B. L'État en tant que destinataire (*Adressat*) des droits fondamentaux

I. Les tâches et les autres activités de l'État

L'État assume de nombreuses tâches et accomplit d'autres activités, notamment de nature économique. Pour des motifs présentés dans d'autres publications¹, nous estimons que l'État est de manière générale tenu de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à leur réalisation, y compris lorsqu'il exerce une activité économique ne correspondant pas à une tâche étatique. Aussi la dimension fonctionnelle de l'article 35 al. 2 Cst. n'exclut-elle pas toute dimension institutionnelle.

Le présent article met l'accent sur les enjeux liés à l'existence d'un régime de concurrence. Celui-ci ne soustrait pas l'État à l'obligation de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à leur réalisation, et ce pour deux motifs au moins. En premier lieu, cela conduirait à limiter la portée de l'article 35 al. 2 Cst. L'État assume en effet certaines tâches en concurrence avec le secteur privé, notamment dans le secteur des transports ou des télécommunications. Or aucun alinéa de l'article constitutionnel précité ne permet de restreindre le champ d'application des droits fondamentaux dans une telle hypothèse. En second lieu, une activité économique ne correspondant pas à une tâche – la location d'appartements dans un immeuble faisant partie du patrimoine financier d'une commune, par exemple – peut aussi générer des comportements incompatibles avec les droits fondamentaux. L'éventuelle pression concurrentielle à laquelle fait face l'État ne garantit nullement le respect de ces droits. Le besoin de protection subsiste par conséquent et aucun motif convaincant ne justifie d'interpréter la *Constitution fédérale* comme habitant l'État à refuser de louer un logement à une personne en raison de la couleur de sa peau, de sa langue, de ses convictions, de son genre ou de son handicap.

Le désavantage concurrentiel, si tant est qu'il existe, pour l'État est admissible pour diverses raisons. Tout d'abord, l'État n'est pas un simple concurrent parmi d'autres puisqu'il bénéficie de nombreux avantages susceptibles d'influer sur la concurrence². Ensuite, des droits fondamentaux tels que la garantie générale de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) ou la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) revêtent une portée générale et permettent une application différenciée

1 VINCENT MARTENET, L'État en tant que destinataire des droits fondamentaux, in: Michel Hotte-lier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger (éd.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève/Zurich 2019, p. 291–300; VINCENT MARTENET, Commentaire de l'article 35, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, n^{os} 23 ss.

2 Voir PHIL BAUMANN, *Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit*, Zurich/Genève 2019, notamment n^{os} 883–895; ANDREAS ABEGG/PHIL BAUMANN, *Privatwirtschaftliche Tätigkeiten von Energieversorgungsunternehmen – wie Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden*, Zurich/St-Gall 2020, p. 50–54.

tenant notamment compte de la concurrence à laquelle fait face l'État et du contexte dans lequel celui-ci exerce une activité économique³. En d'autres termes, le désavantage sera souvent réduit, voire très faible. Enfin, l'obligation de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à leur réalisation représente potentiellement un avantage concurrentiel que l'État mettra peut-être en exergue dans sa communication. Il suffit à cet égard de rappeler que l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» a recueilli une majorité du vote populaire le 29 novembre 2020.

II. Le contrôle d'une entreprise par l'État

Lorsqu'il contrôle une entreprise publique ou privée, l'État est tenu de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à leur réalisation. Il reste en principe le destinataire premier des droits fondamentaux dans une telle hypothèse, mais cette assertion doit être complétée ou nuancée dans deux cas au moins.

En premier lieu, l'entreprise est elle-même tenue de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation lorsqu'elle assume une tâche de l'État. Seules les relations entre cette entreprise et les bénéficiaires de la tâche sont en principe régies par l'article 35 al. 2 Cst.⁴, alors que cet article régit tous les actes de l'État, y compris ceux qu'il accomplit en sa qualité d'actionnaire (cf. *infra* III).

En second lieu, il arrive que le contrôle de l'État sur une entreprise soit tel qu'il s'avérerait artificiel de distinguer l'un de l'autre s'agissant de l'application des droits fondamentaux. Ils forment en somme une unité économique et sont, d'une manière générale, soumis à l'article 35 al. 2 Cst. Il s'agit en définitive de déterminer si, parce qu'elle ne dispose d'aucune autonomie significative, une société d'économie mixte ou à statut spécial entre dans le périmètre de l'État ou, autrement dit, fait partie de celui-ci sous l'angle de l'art. 35 al. 2 Cst. Tel est en particulier le cas si le second exerce seul le contrôle sur la première, notamment parce qu'il est en mesure d'influencer de manière déterminante son

3 Comp. ATF 139 I 306, c. 3.2.2; Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 194. En doctrine, voir notamment RAINER J. SCHWEIZER, Art. 35 BV, in: B. Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, n^o 41; BERNHARD WALDMANN, Art. 35 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (éd.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, n^o 27; GIOVANNI BIAGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017, n^o 12 *ad* Art. 35 BV; PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III, 2^e éd., Berne 2018, p. 541 s.; Jörg Paul MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*, Berne 2018, p. 55.

4 Voir notamment ISABELLE HÄNER, *Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private*, PJA 2002, p. 1144–1153, 1151 et 1153.

activité⁵ et, plus précisément, les décisions portant sur les points essentiels de la conduite des affaires et de la politique commerciale générale. Pour que la société entre dans le périmètre de l'État et tombe de manière générale sous le coup de l'art. 35 al. 2 Cst., il faut toutefois que le contrôle soit tel que l'une et l'autre forment une unité tant sur le plan économique que sur celui des droits fondamentaux. Tel est le cas, à notre sens, de la Confédération suisse et de *La Poste*⁶.

III. L'État actionnaire

En tant qu'actionnaire d'une entreprise, l'État est aussi tenu de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux, indépendamment de la question de savoir s'il la contrôle ou non. Il lui incombe, en vertu de l'article 35 al. 2 et 3 Cst., d'influer sur le fonctionnement et les décisions de l'entreprise de façon à ce que celle-ci respecte les droits fondamentaux⁷, dans la mesure où ces derniers se prêtent à une réalisation dans les relations entre particuliers. Si cela s'avère nécessaire, ses représentants doivent agir en ce sens lors de l'assemblée générale. Par ailleurs, si une collectivité publique dispose d'un ou de plusieurs sièges au conseil d'administration, elle est tenue d'intervenir, par le biais de ses représentants, lorsqu'elle constate que les droits fondamentaux ne sont pas respectés par l'entreprise.

Si l'État ne dispose pas d'une influence suffisante pour éviter la violation des valeurs sous-jacentes aux droits fondamentaux au sein d'une entreprise dont il est actionnaire, il ne saurait tolérer une telle situation et doit tout mettre en œuvre pour qu'elle cesse. En l'absence d'amélioration, l'État doit se séparer de sa participation dans un délai raisonnable. À cet égard, la vente avec effet immédiat peut s'avérer irréaliste ou par trop défavorable d'un point de vue économique.

IV. La position dominante?

La position dominante, au sens de l'article 4 al. 2 de la loi sur les cartels, ne suffit pas à déclencher l'application des droits fondamentaux. Ainsi, une entreprise en position dominante sur un ou plusieurs marchés ne tombe pas de ce seul fait sous le coup de l'article 35 al. 2 Cst. Cette analyse vaut également lorsque l'entreprise en question possède un statut de droit public. À titre d'illustration, si *Swisscom SA*, société anonyme de droit public⁸, domine un marché sur lequel

5 Voir, par analogie, art. 1, 1^{re} phrase, de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

6 Voir MARTENET (Commentaire romand, note 1), n° 47 *ad* art. 35.

7 Voir, par analogie, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/St-Gall 2020, n°s 1860 s., à propos des entreprises d'économie mixte.

8 Article 2 al. 1 de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (LET; RS 784.11).

elle n'assume aucune tâche de l'État, elle n'est pas visée par la disposition constitutionnelle précitée⁹.

L'analyse qui précède s'inscrit dans une perspective constitutionnelle, voire internationale¹⁰. Elle ne saurait cependant masquer les obligations résultant du droit ordinaire, de l'article 7 de la loi sur les cartels¹¹ en particulier. Ainsi, la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales et le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable¹² sont, entre autres, réputés illicites (art. 7 al. 2 let. b et c LCart). Les obligations qui résultent de ces règles sont-elles en définitive proches de celles qui résultent de l'article 8 Cst., voire d'autres droits fondamentaux, pour l'État? Une approche nuancée s'impose sans doute.

Certaines conditions commerciales incompatibles avec les droits fondamentaux¹³, dans la mesure où ceux-ci se prêtent à une réalisation dans les relations qui lient les particuliers entre eux (cf. art. 35 al. 3 Cst.), peuvent s'avérer inéquitable au sens de l'art. 7 al. 2 let. c *in fine* LCart¹⁴. D'autres lettres de cet alinéa

9 Voir MARTENET (Commentaire romand, note 1), n° 46 *ad* art. 35.

10 Les actes d'une entreprise en position dominante, qui n'exerce aucune prérogative de puissance publique, ne sont en principe pas attribuables à l'État sous l'angle de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (voir Commission du droit international, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, spéc. art. 5 *a contrario*, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, repris de l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001).

11 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

12 Sur le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable, voir ATF 137 II 199, c. 3–5. Le TF se fonde surtout sur le texte en allemand, qui utilise le mot «Erzwingung», et arrive à la conclusion que cette notion revêt une portée propre. Une partie importante de la doctrine se montre, à juste titre, critique à l'égard du Tribunal fédéral (voir notamment LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRÄNER, Art. 7 KG, in: Roger Zäch *et al.* [éd.], KG-Kommentar, Zurich/St-Gall 2018, n°s 27 et 375). Aux arguments fondés sur le droit européen et son interprétation ou sur l'analyse économique s'ajoute une réflexion sur la base de l'art. 35 al. 3 Cst. Cette disposition conduit à privilégier une interprétation du droit ordinaire qui n'entrave pas la réalisation des droits fondamentaux dans les relations qui lient les particuliers entre eux, pour autant que cette interprétation soit admissible au regard des critères usuels d'interprétation des normes. Il convient, à cet égard, de tenir compte de la liberté économique des clients d'une entreprise en position dominante (cf., du reste, le préambule de la loi sur les cartels). Certes, l'entreprise en position dominante est, en règle générale, aussi légitimée à se prévaloir de cette liberté, mais la jurisprudence actuelle n'aboutit pas à une solution satisfaisante compte tenu des différentes libertés en jeu.

13 Il est préférable de ne pas parler de «violation» des droits fondamentaux lorsque les conditions générales litigieuses émanent d'une entreprise qui n'est pas destinataire de ces droits ou ne l'est pas pour l'activité en cause. Ce sont surtout les valeurs sous-jacentes aux droits fondamentaux – et non pas les droits subjectifs garantis par ceux-ci – qui entrent alors en ligne de compte.

14 Voir, par analogie, JÖRG NOTHDURFT, § 19 GWB, in: Herman-Josef Bunte (éd.), Kartellrecht – Kommentar, vol 1, 13^e éd., Cologne 2018, n°s 190, 192 et 195, à propos du droit allemand. Au niveau de l'Union européenne, la pratique ne s'est pas encore aventurée sur ce terrain (voir ANNA BLUME HUTTENLAUCH, Art. 102 AEUV, in: Ulrich Loewenheim *et al.* [éd.], Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4^e éd., Munich 2020, n° 193).

sont d'ailleurs aussi pertinentes dans ce contexte. Ainsi, le refus par une entreprise en position dominante de livrer une entreprise parce que les actionnaires de celle-ci sont juifs ou musulmans constitue un abus d'une telle position (art. 7 al. 2 let. a, voire b, LCart).

Un pont se dessine ainsi entre la Constitution fédérale et la loi sur les cartels, pour autant que l'entreprise en position dominante entrave l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci par d'autres entreprises ou qu'elle exploite sa position au détriment de ses partenaires commerciaux (cf. art. 7 al. 1 LCart en tant que clause générale). À titre d'illustration, les conditions commerciales relatives au transfert et à l'utilisation de données personnelles peuvent entraver l'accès à la concurrence ou constituer une forme d'exploitation d'une position dominante et, en conséquence, relever de la disposition précitée¹⁵. Une telle approche contribue à mettre en œuvre le mandat de l'article 35 al. 3 Cst., à lire en lien avec l'article 13 al. 2 Cst. Sur ce point, il sied encore d'observer que les autorités de la concurrence ne sont pas nécessairement les mieux à même de mener de telles procédures¹⁶. Aussi se justifie-t-il de réfléchir à l'articulation de leurs compétences avec celles dont disposent les autorités de protection des données. Force est cependant de constater – et de regretter – l'absence de règles régissant cette question en Suisse.

Enfin, un comportement incompatible avec un droit fondamental n'est pas obligatoirement abusif au sens de l'article 7 LCart¹⁷. S'il ne constitue ni une entrave ni une exploitation, il est licite au regard de cette loi. Concrètement, l'incompatibilité entre les conditions générales d'une entreprise en position dominante et un ou plusieurs droits fondamentaux ne dispense pas les autorités de la concurrence et les tribunaux de procéder à un examen complet des exigences résultant de l'article 7 al. 2 let. c LCart¹⁸ et d'établir en particulier un lien de causalité entre la position dominante et la pratique d'exploitation consistant à

15 S'agissant la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), voir NOTHDURFT (note 13), n^{os} 190, 192 et 205; MAIK WOLF, § 19 GWB, in: Franz Jürgen Säcker/Peter Meier-Beck (éd.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, vol. 2, 3^e éd., Munich 2020, n^{os} 123–123a.

16 Voir, à propos du droit allemand, TORSTEN KÖRBER, *Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 4/2019, p. 187–195, 195.

17 Dans le même sens à propos du droit européen et du droit allemand, voir THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, Art. 102 AEUV, in: Franz Jürgen Säcker *et al.* (éd.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, vol. 1, 3^e éd., Munich 2020, n^o 382.

18 Dans un sens voisin, voir PRANVERA KËLLEZI, *Protection des données et droit de la concurrence: la non-conformité en tant qu'abus de position dominante*, *sui generis* 2019, p. 274–292, n^{os} 28–32 et 59, qui conclut en ces termes: «Le contrôle des abus de position dominante reste pertinent, à condition d'appliquer des critères prévisibles liés à la position dominante, au préjudice à la concurrence et à la causalité entre la première et ce dernier» (n^o 59). L'auteur insiste cependant sur la nécessité d'analyser les effets anti-concurrentiels de la pratique ou le «préjudice à la concurrence» (*id.*, n^{os} 18–26 et 59). Cette exigence ne relève cependant pas, en tant que telle, de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

imposer des conditions générales inéquitables¹⁹. Sur ce point, il se justifie toutefois de ne pas se montrer excessivement exigeant afin de ne pas priver la norme d'une grande part de son effectivité.

C. L'État en tant que titulaire (*Träger*) des droits fondamentaux

La Confédération, les cantons et les communes sont tenus de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à la réalisation de ceux-ci. Sont-ils aussi titulaires de ces droits dans des situations particulières? Les développements qui suivent concernent spécialement les tâches et activités de nature économique que ces collectivités publiques accomplissent. D'autres situations peuvent se présenter, notamment lorsque les communes sont habilitées à invoquer un droit fondamental étroitement lié à l'autonomie dont elles se prévalent²⁰.

I. L'État agissant ou touché comme un particulier

Lorsque l'État agit comme un particulier, il ne devient pas d'emblée titulaire des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. Une approche nuancée se justifie à notre sens. Une collectivité publique partie à une procédure – notamment à une procédure civile – peut se prévaloir des garanties fondamentales de procédure²¹. Sont spécialement concernés les articles 29 à 30 Cst. ainsi que l'article 6 § 1 CEDH.

Lorsque sont en jeu leurs intérêts patrimoniaux²², les collectivités et d'autres entités publiques sont par ailleurs légitimées à invoquer un droit fondamental tel que la garantie de la propriété²³, pour autant qu'une analogie puisse être

19 S'agissant du droit suisse, voir notamment STÄUBLE/SCHRANER (note 12), n^{os} 26 s. et 370. S'agissant du droit européen, voir notamment EILMANSBERGER/BIEN (note 17), n^{os} 272–274 et 382. S'agissant du droit allemand, récemment révisé (10. *GWB-Novelle*), voir notamment NOTHDURFT (note 8), n^{os} 206–211; KÖRBER (note 16), p. 192 s.; REINHARD ELLGER, *Konditionenmissbrauch nach § 19 GWG durch Datenschutzverstoss – Der Facebook-Fall des Bundeskartellamts*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, p. 446–454, 453; JULIA BARTH, *Datenschutzrechtsverstösse als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch – Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt*, *Baden-Baden* 2020, p. 93–97, qui analyse les controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la causalité exigée (causalité comportementale [*Verhaltenskausalität*] ou seulement causalité de résultat [*Ergebniskausalität*]).

20 Voir, par exemple, ATF 131 I 91, c. 3.4, JdT 2006 I 507.

21 Voir notamment JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. I, Bâle 2018, n^o 276.

22 S'agissant de la qualité pour recourir, mais non pas expressément de la titularité des droits fondamentaux (sur ce point, cf. BERNHARD WALDMANN, Art. 26 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney [note 3], n^o 30 *in fine*), voir ATF 134 II 45, c. 2.2.1; ATF 125 II 192, c. 2a.aa.

23 Voir notamment KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, Art. 26 BV, in: Ehrenzeller *et al.* (note 3), n^o 28; WALDMANN (note 22), n^o 30; BIAGGINI (note 3), n^o 17 *ad* Art. 26 BV; DUBEY (note 21), vol. I, n^{os} 274 s. et vol. II, n^{os} 2615–2618.

établie avec des particuliers²⁴. Une grande prudence est de mise avant de reconnaître à des collectivités publiques la titularité d'autres droits fondamentaux. Une analyse fine se justifie, laquelle implique d'examiner de manière très soignée les fonctions remplies par chaque droit fondamental et les relations juridiques qu'il vise. Le risque de détourner, voire de dénaturer, la fonction d'un droit existe, si bien qu'il sied de garder à l'esprit que ces collectivités sont fondamentalement destinataires – et non pas titulaires – des droits fondamentaux.

La titularité de la liberté économique représente sans doute le point le plus délicat dans la problématique qui nous occupe. Un canton est-il habilité à revendiquer le libre accès à une activité économique lucrative privée, son libre exercice ou encore la liberté contractuelle à l'encontre notamment de la Confédération? Le gouvernement d'un canton peut-il invoquer la liberté économique à l'encontre d'un acte émanant du parlement cantonal?

Ces questions invitent à remonter aux fondements de la liberté économique. Celle-ci offre une protection à des particuliers face à la puissance publique sous toutes ses formes. Elle n'a pas pour fonction de réguler, encore moins d'arbitrer, des relations interinstitutionnelles ou inter-niveaux. L'analogie entre un particulier et l'État nous paraît peu heureuse dans ce contexte. Le premier bénéficie effectivement du libre choix de la profession, du libre accès à une activité économique lucrative privée et du libre exercice de celle-ci, étant entendu que la liberté économique fait l'objet d'innombrables restrictions, respectueuses ou non des conditions de l'art. 36 Cst. L'éventuelle activité économique lucrative privée de l'État ne s'inscrit pas dans la même perspective. En effet, l'activité elle-même – et non pas sa restriction – doit se fonder sur une base légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité²⁵. Aussi la liberté économique ne constitue-t-elle pas le point de départ de l'analyse²⁶.

24 S'agissant de la qualité pour recourir, mais non pas expressément de la titularité des droits fondamentaux, voir ATF 138 I 274, c. 1.5, JdT 2013 I 3; ATF 127 II 32, c. 2d, JdT 2004 I 131.

25 ATF 138 I 378, c. 6.3-11, JdT 2014 I 3. En doctrine, voir notamment BAUMANN, (note 2), n^{os} 301–360; ANDREAS ABEGG/MARCO FREI, *Eintritt des Staates in den Wettbewerb*, recht 2018, p. 142–154, 148–152 et les références.

26 Voir, parmi de nombreux auteurs qui estiment que les collectivités publiques ne sont pas titulaires de la liberté économique, y compris lorsqu'elles exercent une activité économique, PASCAL MAHON, Art. 27 Cst., in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, n^o 6; ETIENNE GRISSEL, *Liberté économique*, Berne 2006, n^{os} 427 s.; KLAUS A. VALLENDER, Art. 27 BV, in: Ehrenzeller *et al.* (note 3), n^o 54; FELIX UHLMANN, Art. 27 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (note 3), n^o 32, qui s'interroge néanmoins sur l'évolution de la jurisprudence; BIAGGINI (note 3), n^o 20 *ad* Art. 27 BV. D'un avis partiellement différent, ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3^e éd., Berne 2013, n^o 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 (note 21), vol. II, n^o 2789, qui soutient la même position.

II. L'égalité de traitement entre concurrents économiques et la neutralité en matière de concurrence

L'égalité de traitement entre concurrents économiques est garantie par l'article 27 Cst. selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Supposons qu'un canton exerçant une activité économique soit moins bien traité que ses concurrents appartenant au secteur privé. Lui seul est, par exemple, tenu de remplir certaines obligations, en se voyant par exemple obligé de ne pas dépasser un niveau de prix fixé par une loi fédérale ou cantonale. À notre sens, une telle problématique ne relève pas de l'article 27 Cst.²⁷. En revanche, une société anonyme dont l'État est actionnaire majoritaire, même si son statut relève du droit public, peut en principe se prévaloir de l'égalité de traitement entre concurrents économiques s'agissant des activités qui ne correspondent pas à des tâches étatiques²⁸. Une telle approche s'impose, ne serait-ce que pour protéger ses actionnaires privés.

Le principe de neutralité en matière de concurrence présente aussi une certaine pertinence dans ce contexte et oriente l'activité de l'État. Il contribue à protéger l'institution de la concurrence et à éviter les distorsions de celle-ci. La concurrence en tant que processus²⁹ bénéficie en effet d'une protection constitutionnelle, bien qu'elle soit régulée et fasse l'objet de nombreux aménagements particuliers. En d'autres termes, le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence s'applique de manière générale en tant que *principe d'orientation*, même si les entreprises risquant d'être négativement affectées par des normes, décisions ou autres mesures envisagées sont publiques, mixtes ou à statut spécial et ne sont, pour certaines d'entre elles du moins, pas titulaires de la liberté économique³⁰. Cette approche ne revient ni à empêcher de désavantager de telles entreprises ni à étendre la portée de l'égalité de traitement entre concurrents économiques, qui reste liée à la titularité de l'art. 27 Cst.; elle implique pour les autorités concernées d'examiner si des motifs suffisants contrebalancent l'atteinte au processus et à l'institution de la concurrence, notamment lorsque les autorités sont fédérales et les entreprises publiques, mixtes ou à statut spécial relèvent des cantons.

III. Un *level playing field* en matière de droits fondamentaux?

Même si l'État n'est pas titulaire des droits fondamentaux, il n'est pas nécessairement désavantagé de ce seul fait par rapport à ses éventuels concurrents pri-

27 BİAGGINI (note 3), n° 25a *ad* Art. 27 BV.

28 Voir notamment KLAUS A. VALLENDER, Art. 94 BV, in: Ehrenzeller *et al.* (note 3), n° 6.

29 Voir notamment VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2^e éd., Genève/Zurich 2021, p. 40.

30 ANDREAS ABEGG/MARCO FREI, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht 2017, p. 290–299, 297 et les références.

vés. Plusieurs facteurs conduisent à ne pas exagérer l'impact de l'obligation de respecter les droits fondamentaux sur la concurrence.

Les obligations positives résultant des droits fondamentaux³¹, l'effet horizontal indirect de ceux-ci, la loi sur l'égalité³², l'article 7 LCart précité, d'autres lois mettant en œuvre des droits fondamentaux, les obligations de transparence sur des questions non financières³³ ou encore les règles et instruments relatifs à la conduite responsable des entreprises notamment en matière de droits humains et d'environnement³⁴, voire la pression de l'opinion publique, concourent à égaliser les conditions de concurrence à l'aune des droits fondamentaux. Dans cette optique, l'éventuel désavantage concurrentiel de l'État, si tant est qu'il existe, tend à se réduire. À titre d'illustration, les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs aux obligations positives concernant des entreprises privées produisent un effet quasi direct, en ce sens que les entreprises publiques ou privées les intègrent très vraisemblablement dans leur fonctionnement. Qu'elle statue sur le port d'un symbole religieux par une employée d'un employeur privé³⁵ ou sur la surveillance des communications personnelles d'un employé d'un autre employeur privé³⁶, la Cour utilise, il est vrai, la technique des obligations positives, si bien que l'État reste le destinataire et le débiteur de ces dernières. Cela dit, il est hautement probable et, en définitive, souhaitable qu'un employeur privé en Suisse ou dans un autre État partie à la CEDH tienne directement compte de ces arrêts et s'adapte en conséquence. Au demeurant, il est parfaitement imaginable et compatible avec l'art. 35 Cst. que le TF rende des arrêts ayant un impact comparable. Si des lacunes législatives importantes subsistent en Suisse dans la mise en œuvre

31 Voir notamment EVELYNE SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives – La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des «entreprises et droits humains»?; PJA 2017, p. 930–942, 935–941; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016, n^{os} 1130 et 1173–1181.

32 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEG; RS 151.1).

33 Futurs art. 964^{bis} à 964^{septies} CO.

34 Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, New York et Genève 2011, p. 15: «Les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part.» (principe n^o 11). Le commentaire relatif à ce principe apporte les précisions suivantes: «La responsabilité de respecter les droits de l'homme est une norme de conduite générale que l'on attend de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Elle existe indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme et ne restreint pas ces dernières. Elle prévaut en outre sur le respect des lois et règlements nationaux qui protègent les droits de l'homme.» (*ibid.*). En Suisse, voir Confédération suisse, Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme – Plan d'action national 2020–2023, Berne 2020, et Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement – État de la mise en œuvre 2017–2019 et plan d'action 2020–2023, Berne, 15.01.2020.

35 CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15.1.2013, Rec. 2013-I, § 89–95.

36 CourEDH, arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* du 5.9.2017 (GC), 61496/08, § 108–141.

législative des droits fondamentaux, elles ne portent pas sur des points que les entreprises privées peuvent mettre en évidence dans leur communication. Quelle entreprise oserait se targuer, par exemple, de procéder à des discriminations ou de ne pas respecter les droits fondamentaux ?

Par touches successives apparaît une sorte de *level playing field* en matière de droits fondamentaux. Le développement des règles et instruments relatifs à la conduite responsable des entreprises notamment en matière de droits humains – et les différents devoirs de celles-ci³⁷ – y contribue certainement, même si les mécanismes permettant de mettre en œuvre cette responsabilité demeurent très modestes en Suisse³⁸. Le respect des droits fondamentaux et des valeurs qui leur sont intrinsèques forme progressivement un socle sur lequel la concurrence peut s'appuyer. Dans cette perspective, tout plaidoyer tendant à soustraire l'État à l'obligation de respecter les droits fondamentaux au motif que celui-ci fait face à des concurrents privés est particulièrement mal venu, y compris dans une optique concurrentielle, et va à contre-courant de la tendance actuelle consistant à lier l'activité économique à cette obligation. Pour autant, une approche circonstanciée en matière de droits fondamentaux demeure pertinente. Ainsi, selon les spécificités de chaque domaine et les enjeux en matière de droits des personnes, des obligations particulières peuvent viser l'État seulement, voire les entreprises ou certaines d'entre elles uniquement. En somme, le terrain n'est pas plat et ne le deviendra probablement pas.

D. Conclusion

Même lorsqu'il se trouve en concurrence avec le secteur privé, l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation, qu'il assume une tâche étatique ou exerce une autre activité. Il en résulte, à première vue, un désavantage concurrentiel, en ce sens que l'État ne lutte pas à armes égales avec ses concurrents. Cependant, de nombreux facteurs conduisent à penser que le respect ou non des droits fondamentaux ne constitue pas, voire

37 Voir notamment, pour une synthèse, NICOLAS BUENO/CLAIRE BRIGHT, *Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69 (2020), p. 789–818, 791: «First, business enterprises should identify and assess the actual and potential adverse human rights impacts. Second, they should act upon these findings by taking appropriate action to prevent potential adverse human rights impacts or to end actual ones. [...] Third, business enterprises should account for how they address their actual and potential adverse impacts. Finally, where business enterprises identify that they have caused or contributed to adverse impacts, they should provide for remediation.»; sur l'évolution qu'a connue ce domaine, voir spécialement KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Social power, social responsibilities, and corporations: from CSR to business and human rights*, RDS 2020 II, p. 5-95.

38 Voir notamment NICOLAS BUENO, *Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: Le point en droit suisse*, SRIEL 2019, p. 345–366, 356–366 et les nombreuses références.

plus, un paramètre concurrentiel admissible, y compris pour les entreprises privées. Certes, la législation mettant en œuvre les droits fondamentaux demeure lacunaire en Suisse. Néanmoins, ce manque législatif n'offre aucune véritable protection aux entreprises privées face aux exigences découlant de sources multiples et, plus largement, face à la pression de l'opinion publique.

Est-ce à dire que le champ d'application personnel des droits fondamentaux ne revêt plus aucune pertinence? Une réponse négative s'impose à notre avis, pour deux raisons au moins. En premier lieu, la saisine – réelle ou potentielle – des tribunaux contribue certainement à l'effectivité des droits fondamentaux. Or les tribunaux ne sauraient faire abstraction des limites résultant de l'article 35 Cst. En second lieu, les obligations auxquelles font face les entreprises privées n'équivalent tout de même pas celles auxquelles est soumis l'État. Des différences légitimes subsistent d'ailleurs. Ainsi, la garantie générale de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 *in initio* Cst.) visent essentiellement l'État ou, du moins, quiconque assume une tâche de l'État. Si la marge de manœuvre de celui-ci est importante à cet égard lorsqu'il exerce, en concurrence avec le secteur privé, une activité économique ne correspondant pas à une tâche étatique, elle n'atteint toutefois pas celle dont bénéficient ses concurrents privés.

Résumé

L'État est tenu, en toutes circonstances, de respecter et de protéger les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à leur réalisation. Les entreprises privées, quant à elles, font face à de nombreuses obligations de sources multiples, internationales, supranationales, étatiques comme sociétales. Dans cette optique, elles sont immanquablement amenées, elles aussi, à tenir compte des droits fondamentaux, du moins de la plupart d'entre eux. Le respect ou non des droits fondamentaux ne devrait de toute façon pas constituer un paramètre concurrentiel.

Zusammenfassung

Der Staat muss die Grundrechte unter allen Umständen einhalten, schützen und zu ihrer Umsetzung beitragen. Private Unternehmen wiederum sind mit zahlreichen Verpflichtungen aus vielfältigen internationalen, supranationalen, staatlichen und auch gesellschaftlichen Quellen konfrontiert. Aus dieser Sicht müssen sie zwangsläufig ebenfalls die Grundrechte – oder jedenfalls die meisten davon – berücksichtigen. Die Beachtung oder Nichtbeachtung der Grundrechte sollte daher keinen Wettbewerbsparameter darstellen.