

Recueils  
de textes

# Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit  
administratif : questions autour du  
droit de l'action publique

Édité par  
Michel Hottelier  
Maya Hertig Randall  
Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §  
ÉDITIONS ROMANDES

CG  
Collection  
Genevoise

# Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit  
administratif: questions autour du  
droit de l'action publique

Édité par  
Michel Hottelier  
Maya Hertig Randall  
Alexandre Flückiger



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2019

Citation suggérée de l'ouvrage : MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8713-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

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 détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Sommaire

<b>Avant-propos</b> .....	VII
MURAT JULIAN ALDER Avocat, Député au Grand Conseil de la République et canton de Genève	
<b>Les droits politiques dans la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012</b> .....	1
FRANÇOIS BELLANGER Professeur à l'Université de Genève, Avocat	
<b>Enjeux et risques du nouveau contenu des plans localisés de quartier (PLQ)</b> .....	9
FREDERIC BERNARD Chargé de cours à l'Université de Genève, Avocat	
<b>Du contrôle de l'administration par le juge</b> .....	25
ARUN BOLKENSTEYN Docteur en droit	
<b>Les opinions séparées en droit genevois</b> .....	35
BENOIT BOVAY Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat	
<b>Bien bâtir. Les clauses d'esthétique en droit public des constructions</b> .....	43
CHRISTIAN BOVET Professeur à l'Université de Genève	
<b>L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité</b> .....	53
URSULA CASSANI Professeure à l'Université de Genève	
<b>Bien commun, avantages privés : la corruption d'agents publics suisses</b> .....	61
MICHELLE COTTIER Professeure à l'Université de Genève	
<b>Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique</b> .....	79
VALERIE DEFAGO GAUDIN Professeure à l'Université de Neuchâtel	
DAVID RENDERS Professeur à l'Université catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles	
<b>Disputatio en droit comparé ou peut-on siéger en référé et au fond dans une même affaire ?</b> .....	87
ANNE-CHRISTINE FAVRE Professeure à l'Université de Lausanne	
<b>La participation de la population en droit de l'environnement : un droit ?</b> .....	97
ALEXANDRE FLÜCKIGER Professeur à l'Université de Genève	
<b>Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s'harmonisent</b> .....	109

AURELIE GAVILLET

Docteur en droit, Titulaire du brevet d'avocat

**Le retrait de la « carte d'identification aéroportuaire » par l'Aéroport international de Genève : brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente ..... 127**

STEPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier procureur à Genève

**Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public..... 135**

MAYA HERTIG RANDALL

Professeure à l'Université de Genève

**Comment déterminer le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande..... 145**

MICHEL HOTTELIER

Professeur à l'Université de Genève

**Le recours pour violation des opérations électorales en droit genevois ..... 159**

FLORIAN IRMINGER

Ancien membre de l'Assemblée constituante de la République et canton de Genève et président de la Commission de rédaction, Directeur exécutif de Penal Reform International, Londres

**De la protection des lanceurs d'alerte à la collaboration avec la délation anonyme ..... 171**

JEAN-FRANÇOIS JOYE

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc

**L'urbanisme français et le référendum. Enquête sur un blocage juridico-psychologique..... 183**

REGINA KIENER

Professeure à l'Université de Zurich

DAVID HENSELER

MLaw, Avocat

**Anforderungen des Europarats und der OSZE an die Spruchkörperbildung in Gerichten ..... 193**

NICOLAS LEVRAT

Professeur à l'Université de Genève

**Searching for international administrative law in Cross-border Co-operation..... 201**

PASCAL MAHON

Professeur à l'Université de Neuchâtel

**Le Parlement écossais, la *devolution* et le *Brexit*..... 207**

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

**L'Etat en tant que destinataire des droits fondamentaux..... 221**

CYRIL MIZRAHI

Avocat au Barreau de Genève

**Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées..... 229**

FRANÇOIS PAYCHERE

Docteur en droit, Président de la Cour des comptes de la République et canton de Genève

**Lettre à un jurisconsulte ou quelques propos libres destinés à un ami..... 243**

ETIENNE POLTIER Professeur à l'Université de Lausanne	
<b>L'évolution du droit administratif suisse.....</b>	<b>251</b>
MARIA RODRIGUEZ ELLWANGER Docteure en droit	
<b>La place de la population dans la planification territoriale transfrontalière du bassin de vie franco-valdo-genevois .....</b>	<b>259</b>
MARCO SASSÒLI Professeur à l'Université de Genève	
<b>L'administration d'un territoire par un groupe armé peut-elle être régie par le droit ? .....</b>	<b>267</b>
BENJAMIN SCHINDLER Professeur à l'Université de Saint-Gall	
<b>Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht. Miscelle zum Energierecht der Barockzeit .....</b>	<b>277</b>
RAINER J. SCHWEIZER Professeur honoraire de l'Université de Saint-Gall	
<b>La genèse de la responsabilité publique en droit constitutionnel de Genève .....</b>	<b>287</b>
FELIX UHLMANN Professeur à l'Université de Zurich	
EVA SCHEIFELE Assistante à l'Université de Zurich	
<b>Les tribunaux sont-ils des roseaux ? Quelques réflexions sur la relation entre le législateur et les tribunaux dans la procédure administrative .....</b>	<b>297</b>
FREDERIC VARONE Professeur à l'Université de Genève	
KARIN BYLAND Responsable de projets à la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève	
<b>Evolution du contentieux administratif judiciaire au Tribunal fédéral (1990-2017) .....</b>	<b>309</b>
NICOLAS WISARD Docteur en droit, Avocat	
<b>La participation en aménagement du territoire après la Convention d'Aarhus. Quelques observations conceptuelles et d'expérience .....</b>	<b>317</b>
ROBERT ZIMMERMANN Docteur en droit, Conseil	
<b>De la nature administrative de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.....</b>	<b>329</b>
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Professeur à l'Université de Fribourg	
<b>Travaux de construction : le privé ne tient pas le public.....</b>	<b>337</b>
<b>Liste des publications de Thierry Tanquerel.....</b>	<b>343</b>

# L'État en tant que destinataire des droits fondamentaux

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

## Introduction

En vertu de l'art. 35 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.), « [q]uiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation ». L'art. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) se réfère, quant à lui, aux « Hautes Parties contractantes », lesquelles « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la [...] Convention ». L'État sous toutes ses formes est directement obligé de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits fondamentaux, étant entendu qu'il n'est pas le destinataire exclusif de ces derniers.

L'État accomplit d'innombrables tâches étatiques et exerce aussi diverses autres activités. La présente contribution, rédigée en hommage au professeur Thierry Tanquerel, porte sur le champ d'application des droits fondamentaux et tente de répondre à la question de savoir si l'État est destinataire des droits fondamentaux pour l'ensemble de son action. Aussi l'accent est-il mis sur l'État lui-même, en laissant de côté d'autres situations délicates dans lesquelles la portée des articles précités suscite maintes interrogations<sup>1</sup>.

L'État est sans conteste destinataire des droits fondamentaux quand il assume des « tâches de l'État » au sens de l'art. 35 al. 2 Cst., y compris lorsqu'il recourt à des instruments de droit privé (I). Il exerce cependant aussi des activités ne correspondant pas à de telles tâches, parfois en concurrence avec des sociétés commerciales ou d'autres entités privées. Est-il tenu, dans cette hypothèse, de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation ? Cette question épineuse demeure controversée en Suisse et n'a pas encore été tranchée de manière univoque par le Tribunal fédéral (II).

---

<sup>1</sup> Voir, pour ce qui concerne l'auteur de la présente contribution, Vincent MARTENET, Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux, *in* Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Étienne Poltier (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich 2016, pp. 123-143 (ci-après « Délégation ») ; Vincent MARTENET, Les droits fondamentaux dans les entreprises privatisées, *in* *Annuaire 2008 de l'Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO)*, Berne 2009, pp. 125-152.

## I. L'accomplissement de tâches étatiques

La notion de « tâche de l'État » est placée au cœur de l'art. 35 al. 2 Cst. Une telle tâche répond non seulement à un intérêt public, mais aussi se fonde sur un mandat constitutionnel ou légal<sup>2</sup>, sous réserve éventuellement de celles qui ne peuvent incomber originairement qu'à l'État<sup>3</sup>. S'agissant de ces dernières toutefois, un mandat existe bel et bien en principe, mais se déduit de normes constitutionnelles très générales. On songe, à cet égard, notamment à l'art. 2 Cst.<sup>4</sup> Si cette dernière disposition n'attribue aucune compétence à la Confédération<sup>5</sup>, elle est tout de même susceptible d'influer sur l'interprétation d'autres normes constitutionnelles<sup>6</sup> en vue de contribuer à définir un mandat fédéral.

La création d'un mandat constitutionnel ou légal suppose l'existence d'un intérêt public<sup>7</sup>. Lorsque le constituant ou le législateur fédéral ou cantonal ancre une tâche respectivement dans la constitution ou dans une loi, il est en effet censé être animé par l'intérêt public. Aussi ces deux éléments sont-ils interdépendants.

Toute tâche mentionnée par une norme constitutionnelle ou légale ne déclenche pas pour autant l'application de l'art. 35 al. 2 Cst. En présence d'une tâche assumée par l'État lui-même et dont celui-ci répond, il n'y a cependant pas matière à débat. En revanche, lorsqu'est en jeu une autre activité, susceptible d'être exercée par une entité privée sur la base d'une délégation, une analyse plus fine s'impose. Il convient alors d'interpréter soigneusement les normes applicables<sup>8</sup>, pour déterminer si elles correspondent à une tâche de l'État au sens de l'art. 35 al. 2 Cst., notamment parce qu'elles mettent l'accent sur la nécessité d'approvisionner la population ou de fournir à celle-ci une prestation<sup>9</sup>, ou si elles concernent plutôt la possibilité pour des entreprises ou des individus d'accéder à une activité<sup>10</sup>. Si le premier terme de l'alternative est prédominant, il implique en principe d'admettre l'existence d'une tâche de l'État. On signalera, en passant, que le Tribunal fédéral établit plutôt facilement un lien entre une tâche étatique et d'autres activités<sup>11</sup>, si bien que sa jurisprudence s'avère désormais favorable à l'application des droits fondamentaux<sup>12</sup>. À l'inverse, si le second terme est

<sup>2</sup> ATF 138 II 134 c. 4.3.1. Voir notamment MARTENET, Délégation (note 1), pp. 124-134 et les références ; Pierre MOOR/François BELLANGER/Thierry TANQUEREL, Droit administratif, vol. III, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, pp. 138-140 et les références.

<sup>3</sup> Sur ce point, voir MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 2), p. 140.

<sup>4</sup> Sur ce point, voir notamment Eva Maria BELSER in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (éd.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Bâle 2015, n. 7 ad art. 2 : « Anders als bei den inhaltlich teilweise ähnlichen Aspirationen, welche die Präambel zum Ausdruck bringt [...], handelt es sich bei Art. 2 um verbindliche Staatsziele, welche die staatlichen Akteure – auch wenn sie ihnen grosse Gestaltungsspielräume belassen – zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen verpflichten. » (caractères gras omis).

<sup>5</sup> Voir Bernhard EHRENZELLER in Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich et al. 2014, n. 11 ad art. 2.

<sup>6</sup> EHRENZELLER (note 5), n. 11 ad art. 2 ; BELSER (note 4), n. 8 ad art. 2.

<sup>7</sup> Voir Bernhard RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben ?, recht 2013 153-162, 158.

<sup>8</sup> Voir notamment Pierre TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2016, pp. 115 s. ; Bernhard WALDMANN in Waldmann/Belser/Epiney (note 4), n. 20 ad art. 35.

<sup>9</sup> Voir Rainer J. SCHWEIZER in Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (note 5), n. 46 ad art. 35 : « Eine Grundrechtsbindung Privater rechtfertigt sich aber dann, wenn z.B. durch eine *Konzession* dem Privaten die Sicherstellung einer *Grundversorgung* übertragen worden ist [...] » ; WALDMANN (note 8), n. 20 ad art. 35. Comp. en outre Valérie DÉFAGO GAUDIN, Quelle autonomie pour l'État ? in RDS 2018 II 239-302, 268, qui considère toutefois que « lorsque l'activité relève de la fourniture de prestations en concurrence avec d'autres acteurs sur le marché, notamment dans les secteurs libéralisés, il n'y pas de tâche de l'État au sens de l'article 35 al. 2 Cst. ». Le critère de la concurrence ne découle cependant pas de cette norme constitutionnelle.

<sup>10</sup> Comp. RÜTSCHKE (note 7), pp. 159-160 et 162.

<sup>11</sup> Voir notamment, à propos de l'obligation de la SSR de respecter les droits fondamentaux dans le domaine de la publicité, ATF 139 I 306 c. 3.2.2-3.2.3.

<sup>12</sup> Voir MARTENET, Délégation (note 1), p. 136 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 2), p. 540.



primordial, l'application de l'art. 35 al. 2 Cst. doit, en règle générale, être niée si une entité privée autonome par rapport à l'État exerce l'activité en cause.

Un lien particulier doit exister entre l'État, la tâche et celui ou celle qui l'assume. Ce lien est évident et même fusionnel lorsque l'État lui-même accomplit la tâche, que ce soit par son administration centrale ou une entité décentralisée. Il ne prête guère à discussion non plus quand une entreprise publique, contrôlée par l'État et dépourvue d'autonomie par rapport à celui-ci, exerce la tâche.

Enfin, lorsqu'il accomplit une tâche étatique, l'État recourt aussi à des instruments de droit privé. La nature des relations qu'il noue ne le soustrait pas pour autant aux obligations résultant tant de l'art. 1<sup>er</sup> CEDH que de l'art. 35 al. 2 Cst. En d'autres termes, l'application des droits fondamentaux ne dépend ni de la nature de la relation en cause ni de la forme juridique – publique, mixte ou privée – de l'entité qui accomplit la tâche en question<sup>13</sup>.

Retenir une autre solution signifierait qu'il suffirait à l'État de conclure, par exemple, des contrats de droit privé pour éviter d'être tenu de respecter les droits fondamentaux. Tel ne saurait être le sens de l'art. 35 al. 2 Cst. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'inscrit, *mutatis mutandis*, dans la même perspective<sup>14</sup>.

L'art. 1<sup>er</sup> CEDH est interprété de la même manière. Ainsi, les actes régis par le droit privé que l'État accomplit tombent bel et bien sous le coup de cette convention<sup>15</sup>. Il s'agit en particulier d'éviter une « fuite vers le droit privé » réduisant d'autant l'applicabilité et l'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme.

## II. Les activités ne correspondant pas à des tâches étatiques

### A. Les enjeux

L'État exerce aussi des activités ne correspondant pas à des tâches étatiques, parfois en concurrence directe avec des sociétés commerciales ou d'autres personnes morales ou physiques. Dans ces situations, il n'assume alors aucune tâche étatique, si bien que l'art. 35 al. 2 Cst. n'est *prima facie* pas applicable. Il est permis, à cet égard, de se demander s'il appartient à l'État de fournir des services ou d'offrir des prestations alors que le secteur privé parvient, par hypothèse, à satisfaire les besoins de la population. Néanmoins, le Tribunal fédéral considère que la Constitution fédérale n'interdit pas une telle extension de l'action de l'État<sup>16</sup>.

Concrètement, une commune est parfois propriétaire d'immeubles locatifs qu'elle loue aux conditions du marché. Elle n'assume en principe aucune tâche étatique dans une telle hypothèse, en tout cas en l'absence de pénurie de logements. Lorsqu'une telle pénurie sévit, la location par l'État d'appartements selon les règles prévues par le Code des obligations ne suffit pas à admettre l'existence d'une telle tâche. Celle-ci dépend d'un mandat constitutionnel ou légal. À défaut d'un tel mandat, l'existence d'une tâche de l'État doit en principe être niée. La

<sup>13</sup> ATF 139 I 306 c. 3.2.2. En doctrine, voir notamment SCHWEIZER (note 9), n. 44 *ad* art. 35 ; René RHINOW/Markus SCHEFER/Peter UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 1155 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 2), pp. 539-542 et les références.

<sup>14</sup> Voir, par analogie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE 128, 226 (244 s.).

<sup>15</sup> Voir notamment Christoph GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Munich et al. 2014, n. 7 *ad* art. 1 ; William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford 2015, pp. 90 et 105 *ad* art. 1.

<sup>16</sup> ATF 138 I 378 c. 6.3 *in* JdT 2014 I 3.

commune en question est-elle pour autant autorisée, par la Constitution fédérale et la CEDH, à refuser de louer un appartement pour des motifs tirés de la couleur de la peau, du sexe, des convictions religieuses ou de l'orientation sexuelle d'une personne ?

L'État fait face, à notre sens, à une obligation générale de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits fondamentaux, y compris lorsqu'il exerce une activité ne correspondant pas à une tâche étatique<sup>17</sup>. Dans cette optique, la formulation de l'art. 1<sup>er</sup> CEDH est plus convaincante que celle de l'art. 35 al. 2 Cst., car la première disposition vise les « Hautes parties contractantes », c'est-à-dire les États, sans procéder à des distinctions entre les actes que ceux-ci accomplissent. Dans le même ordre d'idées, l'art. 1<sup>er</sup> al. 3 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 – « *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.* » – est également rédigé de manière plus ouverte à cet égard que ne l'est l'art. 35 al. 2 Cst.<sup>18</sup>. La solution préconisée ici présente notamment l'avantage d'atténuer la distinction – en partie floue au demeurant – entre tâches de l'État et autres activités accomplies par celui-ci<sup>19</sup>. En revanche, cette dernière disposition est, sur un point, formulée de façon plus satisfaisante que ne le sont les art. 1<sup>er</sup> CEDH et 1<sup>er</sup> al. 3 de la Loi fondamentale allemande, en ce qu'elle envisage expressément que des tâches étatiques puissent être accomplies par des personnes physiques ou morales de droit privé.

## B. L'article 35 alinéa 2 de la Constitution fédérale

Selon une interprétation *a contrario* de l'art. 35 al. 2 Cst., l'absence de tâche étatique signifie que l'activité en question n'est pas directement soumise aux droits fondamentaux<sup>20</sup>. Le Tribunal fédéral retient plutôt ce critère<sup>21</sup>, même si, jusqu'à présent, il n'a pas examiné cette question de manière approfondie dans une affaire concernant une activité de l'État ne correspondant pas à

<sup>17</sup> Dans le même sens, Heidrun GUTMANNSBAUER, *Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln*, Zurich/Bâle/Genève 2011, pp. 55-73 et les références ; Peter HÄNNI/Andreas STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 2013, n. 1850-1860 ; Thomas GÄCHTER, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), *Staatsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/St-Gall 2015, pp. 437-467, 450, n. 56 ; Giovanni BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017, n. 6a *ad art.* 27 et n. 11 *ad art.* 35 : « Staat bleibt Staat » (n. 6a *in initio ad art.* 27) ; DÉFAGO GAUDIN (note 9), pp. 272-276. Voir en outre Pascal MAHON in Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 7 *ad art.* 35 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELLIER, *Droit constitutionnel Suisse*, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, n. 121 ; SCHWEIZER (note 9), n. 45 *ad art.* 35 ; WALDMANN (note 8), n. 26 s. *ad art.* 35.

<sup>18</sup> Sur cette disposition, voir la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE 128, 226 (244) : « Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt. ». En doctrine, voir notamment Matthias HERDEGEN in Theodor Maunz/Günter Dürig (fondateurs), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich 2005, n. 95 et les références doctrinales *ad art.* 1 al. 3 : « Die Grundrechtsbindung der vollziehenden Gewalt und damit der Verwaltung ist lückenlos. Denn Art. 1 Abs. 3 GG unterscheidet weder nach der Rechtsform noch nach dem verfolgten Zweck. [...] Auch das sogenannte erwerbswirtschaftliche Verhalten des Staates (Angebot von wirtschaftlichen Leistungen oder Beteiligung an Unternehmen) ist uneingeschränkt den Grundrechten (insbesondere Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG) unterworfen. » (références et caractères gras omis) ; Lothar MICHAEL/Martin MORLOK, *Grundrechte*, 6<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 2017, n. 471 et les références : « Weil es nur konstituierte Staatlichkeit gibt, ist schliesslich auch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates grundrechtsgebunden. » (caractères gras omis) ; Michael SACHS, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin/Heidelberg 2017, p. 71, n. 17.

<sup>19</sup> Comp. Jörg Paul MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*, Berne 2018, p. 57.

<sup>20</sup> De cet avis, Eliane SCHLATTER, *Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln*, Zurich/Bâle/Genève 2009, pp. 113-127 et les références ; TSCHANNEN (note 8), pp. 114 s. ; Regina KIENER/Walter KÄLIN/Judith WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018, pp. 45 s. ; Jacques DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. I, Bâle 2018, n. 318.

<sup>21</sup> Voir ATF 143 I 37 c. 7.1 ; ATF 139 I 306 c. 3.2.2 in JdT 2014 I 128 (rés.) ; ATF 138 I 274 c. 2.2 in JdT 2013 I 3.

une tâche étatique. Le fameux – et critiqué<sup>22</sup> – arrêt concernant *La Poste*, dans lequel celle-ci échappe à l'application directe des droits fondamentaux pour ce qui concerne les « services libres » qu'elle fournit, ne contenait qu'une argumentation sommaire à ce propos<sup>23</sup>.

Si l'on y regarde de plus près, on constate néanmoins que la portée exacte de l'art. 35 al. 2 Cst. s'avère incertaine. L'accomplissement de tâches étatiques constitue la raison d'être de la Confédération, des cantons et des communes. Dans cette perspective, ne sont-ils pas tenus, de manière générale, de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation ? L'art. 35 al. 2 Cst. ne l'exclut pas et, de toute façon, le critère littéral ne représente qu'un élément de l'interprétation d'une norme. D'aucuns soutiendront que la lettre de l'art. 35 al. 2 Cst. est claire<sup>24</sup>, ce à quoi on rétorquera que la prudence est de mise lorsque la prétendue clarté découle d'une interprétation *a contrario*<sup>25</sup>.

Le critère systématique montre que l'activité de l'État ne correspondant pas à une tâche étatique relève plutôt du deuxième alinéa de l'art. 35 Cst. que du troisième alinéa de celui-ci. En effet, s'il arrive à l'État d'agir comme un particulier, il n'est pas pour autant un particulier ; de surcroît, sa mission générale consiste à assumer des tâches étatiques – le lecteur nous pardonnera cette lapalissade. Or l'art. 35 al. 3 Cst. se rapporte aux « relations qui lient les particuliers entre eux »<sup>26</sup>. Les termes « *unter Privaten* » et « *tra privati* » sont du reste utilisés respectivement en allemand et en italien. Dans une perspective historique, le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale<sup>27</sup> et les débats parlementaires concernant celle-ci<sup>28</sup> montrent que la formulation relativement ouverte de l'art. 35 al. 2 Cst. était destinée à étendre le champ d'application des droits fondamentaux aux délégataires de tâches étatiques et non pas à dispenser l'État de respecter les droits fondamentaux lorsqu'il exerce des activités ne correspondant pas à de telles tâches.

D'un point de vue téléologique, l'art. 35 al. 2 Cst. tend à étendre le champ d'application des droits fondamentaux, en visant aussi des délégataires privés de tâches étatiques, et non pas à le restreindre<sup>29</sup>. Cet argument est décisif à nos yeux, ce d'autant plus que seule cette interprétation correspond, *mutatis mutandis*, à celle de l'art. 1<sup>er</sup> CEDH. Or il se justifie en principe de privilégier une forme de convergence entre la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme. Est-il souhaitable que les activités de l'État ne correspondant pas à des tâches étatiques soient directement soumises aux droits de l'homme garantis par la seconde et échappent aux droits fondamentaux protégés par la première ? Aucun motif convaincant ne vient appuyer une réponse affirmative à cette question.

<sup>22</sup> Voir, pour une synthèse des critiques, Georg MÜLLER, *Schutzwirkung der Grundrechte*, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. VII/2 en coordination avec Jörg Paul Müller et Daniel Thürer (*Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*), Heidelberg/Zurich/St-Gall 2007, pp. 59-78, n. 16 et les références.

<sup>23</sup> ATF 129 III 35 c. 5.2 in JdT 2003 I 127.

<sup>24</sup> Voir spécialement DUBEY (note 20), n. 286.

<sup>25</sup> Voir, dans une perspective générale, Ernst A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Munich/Vienne/Berne 2016, pp. 220-224.

<sup>26</sup> Voir BO 1998 CN 889 (Arnold KOLLER, conseiller fédéral) : « Gewisse Grundrechte eignen sich sogar dafür, dass sie auch die Beziehungen unter den Privaten – also nicht nur die Beziehungen der Bürgerinnen und Bürger zum Staat, sondern auch die Rechtsbeziehungen unter den Privaten – regeln. » En doctrine, voir spécialement WALDMANN (note 8), n. 64 *ad art.* 35.

<sup>27</sup> Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 1 ss, p. 194 : « Mais les délégataires de tâches publiques, quand ils exercent lesdites tâches, se présentent comme des substituts de l'État au nom duquel ils ont le droit d'agir ; en ce sens, ils sont bien investis d'une parcelle de la puissance publique et c'est en tant que tels qu'ils peuvent imposer des obligations à des particuliers. »

<sup>28</sup> Voir spécialement BO 1998 CE 51 s. (Dick MARTY, rapporteur) ; voir en outre BO 1998 CN 889 (Arnold KOLLER, conseiller fédéral).

<sup>29</sup> Voir notamment MÜLLER (note 19), p. 52 ; DÉFAGO GAUDIN (note 9), pp. 274-276.

On pourrait soutenir que le droit ordinaire, notamment les art. 27 ss du Code civil, encadre suffisamment les activités de l'État ne correspondant pas à des tâches étatiques<sup>30</sup>. Cette approche prête à la critique pour trois raisons au moins. En premier lieu, le champ d'application d'une norme constitutionnelle ne dépend pas de l'état du droit ordinaire, à moins que celle-là ne renvoie explicitement ou implicitement à celui-ci. En deuxième lieu, une constitution qui n'interdirait pas, dans toutes les situations, à l'État de discriminer une personne parce qu'elle est juive, musulmane, homosexuelle ou enceinte enverrait un message désastreux quant à la protection des droits fondamentaux. L'État est, d'une manière générale, tenu d'agir dans l'intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.)<sup>31</sup> et pour le bien commun, ce dernier point résultant notamment de l'art. 2 Cst.<sup>32</sup>. Or toute interprétation de la Constitution fédérale conduisant à lui permettre de violer les droits fondamentaux remet en question ces attentes. D'un point de vue constitutionnel, le bien commun suppose, par ailleurs, le respect de ces droits et ne saurait être défini d'une autre façon<sup>33</sup>. En troisième lieu, le niveau normatif auquel les droits sont garantis importe, même si l'art. 190 Cst. fausse, en apparence du moins, quelque peu le débat. Une obligation constitutionnelle est hors de portée du législateur ordinaire, l'art. 190 Cst. ne dispensant aucunement l'Assemblée fédérale de respecter les droits fondamentaux lorsqu'elle légifère.

## C. La concurrence entre l'État et les acteurs privés

La liberté économique n'empêche pas l'État d'accomplir des activités en concurrence avec le secteur privé. L'activité économique étatique tend avant tout à remédier aux inefficiences du système économique, c'est-à-dire aux défaillances du marché, et à poursuivre des objectifs socialement ou économiquement plus ciblés que ceux qui résulteraient du marché<sup>34</sup>. Ces principes ne découlent cependant ni de l'art. 27 Cst. ni de l'art. 94 Cst. selon le Tribunal fédéral. Ainsi, lorsque l'État exerce, lui-même ou par le biais d'une entreprise qu'il contrôle, une activité en concurrence avec le secteur privé, sans bénéficier de droits particuliers, il n'est qu'un concurrent supplémentaire, de sorte que la liberté économique n'est en principe pas restreinte<sup>35</sup>.

Les auteurs opposés à une application directe des droits fondamentaux aux activités de l'État ne correspondant pas à des tâches étatiques soutiennent, pour la plupart, que ce dernier serait désavantagé sur le plan de la concurrence s'il était obligé de respecter ces droits et de contribuer à leur réalisation, alors que ses concurrents privés n'y seraient pas tenus<sup>36</sup>. Cependant, l'égalité de traitement entre concurrents économiques (art. 27 Cst.) n'est pas censée protéger l'État lui-même<sup>37</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>38</sup>.

<sup>30</sup> Sur la protection conférée par le droit ordinaire dans le domaine des baux à loyer, voir Laurent BIERI, La protection des locataires contre les discriminations, in François Bohnet/Blaise Carron (éd.), 20<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2018, pp. 161-186.

<sup>31</sup> ATF 138 I 378 c. 6.3.2 in JdT 2014 I 3.

<sup>32</sup> Voir spécialement EHRENZELLER (note 5), n. 8 *ad* art. 2 : « Dem neuen Art. 2 kommt, wenn auch nicht in gleichem Ausmass wie der Präambel, durch die – in Wortwahl und Inhalt hervorgehobene – Gemeinwohlorientierung der Staatstätigkeit eine nicht zu unterschätzende *symbolische Bedeutung* [...] ». ».

<sup>33</sup> Voir, par analogie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE 128, 226 (244).

<sup>34</sup> Voir Conseil fédéral, État et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels, rapport du 8.12.2017, p. 3.

<sup>35</sup> ATF 138 I 378 c. 6.2 in JdT 2014 I 3.

<sup>36</sup> Voir notamment SCHLATTER (note 20), p. 127 ; TSCHANNEN (note 8), pp. 123-125.

<sup>37</sup> Voir BIAGGINI (note 17), n. 25a *ad* art. 27.

<sup>38</sup> Voir notamment HÄNNI/STÖCKLI (note 17), n. 1857-1860 ; BIAGGINI (note 17), n. 6a *ad* art. 27. En Allemagne, voir notamment HERDEGEN (note 18), n. 95 *ad* art. 1 al. 3. Pour une approche quelque peu nuancée, voir Felix

L'État peut faire face à des contraintes supplémentaires par rapport à ses concurrents privés<sup>39</sup>, ce que le Tribunal fédéral omet de prendre en compte lorsqu'il parle de conditions égales offertes au premier par rapport aux seconds<sup>40</sup>. Il doit notamment accepter l'éventuel désavantage concurrentiel résultant de l'art. 35 al. 2 Cst. S'il le juge trop important, il conserve évidemment la faculté de renoncer à exercer l'activité en cause. Au demeurant, ce désavantage est vraisemblablement faible dans la plupart des cas<sup>41</sup> pour trois raisons au moins. Tout d'abord, certains droits entrant spécialement en ligne de compte laissent à l'État une importante marge de manœuvre. On pense en particulier à la garantie générale de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.)<sup>42</sup> et à l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Lorsqu'il s'agit, par exemple, de déterminer si une distinction est justifiée par un motif raisonnable, il convient aussi de tenir compte de la concurrence à laquelle l'État fait face. Une forme de contextualisation est admissible dans cette optique<sup>43</sup>. En revanche, une application stricte de l'art. 8 al. 2 Cst. est indiquée, à tout le moins en ce qui concerne les caractéristiques personnelles les plus sensibles qui y figurent. L'interdiction de la discrimination est en effet étroitement liée à la dignité humaine (art. 7 Cst.) et appelle une protection renforcée de la part de l'État<sup>44</sup>, y compris lorsque les activités de celui-ci ne correspondent pas à des tâches étatiques. Ensuite, l'État bénéficie souvent de divers avantages – sécurité financière et relations préétablies avec les administrés-clients par exemple – lorsqu'il mène une activité en concurrence avec des sociétés commerciales<sup>45</sup>, contrebalançant, le cas échéant, totalement ou partiellement l'éventuel désavantage résultant de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Enfin, rien n'empêche l'État de communiquer publiquement les exigences particulières auxquelles il est soumis. À une époque où l'opinion publique est toujours plus sensible à la responsabilité des entreprises et d'autres acteurs économiques en la matière<sup>46</sup>, le devoir constitutionnel de respecter les droits fondamentaux représente peut-être, paradoxalement, un avantage commercial.

On ajoutera que l'obligation générale faite à l'État de respecter les droits fondamentaux ne signifie pas que ce dernier est privé de la titularité de ces droits en toutes circonstances. Une collectivité n'est pas soit destinataire soit titulaire des droits fondamentaux<sup>47</sup>. Les communes, par exemple, sont destinataires de ces droits, mais sont aussi légitimées à s'en prévaloir en lien avec leur autonomie<sup>48</sup>. En somme, un examen doit être effectué pour chaque relation juridique. Ainsi, lorsqu'elle est partie à une procédure civile, une collectivité publique bénéficie des garanties de procédure et peut les invoquer à l'encontre du tribunal civil saisi de la cause<sup>49</sup>. La relation en jeu lie alors la première, agissant comme un particulier, au second, agissant en

---

UHLMANN *in* Waldmann/Belser/Epiney (note 4), n. 35 *in fine ad* art. 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 (note 20), n. 313-317.

<sup>39</sup> Voir les remarques de Giovanni BIAGGINI sur l'ATF 138 I 378 *in* ZBI 2012 671-674, n. 4 *in fine*.

<sup>40</sup> Voir ATF 138 I 378 c. 6.3.2 et 8.4 *in* JdT 2014 I 3.

<sup>41</sup> Voir, par analogie, HERDEGEN (note 18), n. 95 *ad* art. 1 al. 3, à propos du droit constitutionnel allemand.

<sup>42</sup> Voir également BIAGGINI (note 17), n. 11 *ad* art. 35.

<sup>43</sup> Comp. ATF 139 I 306 c. 3.2.2. En doctrine, voir notamment MÜLLER (note 22), n. 15 *in fine* ; WALDMANN (note 8), n. 27 *ad* art. 35 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 2), pp. 541 s. ; MÜLLER (note 19), p. 55 ; voir en outre DUBEY (note 20) n. 307.

<sup>44</sup> Voir, dans une optique générale, ATF 143 I 361 c. 5.1 *in fine* ; ATF 143 I 129 c. 2.3.1. En doctrine, voir notamment DÉFAGO GAUDIN (note 9), pp. 287-289 et 293.

<sup>45</sup> Voir notamment Yvo HANGARTNER, note sur l'ATF 138 I 378 *in* PJA 2012 1817-1823, n. 6 ; Johannes REICH, Gebäudeversicherung und « negativ nachgeführte » Bundesverfassung *in* PJA 2013 1399-1412, 1411 s. ; SCHWEIZER (note 9), n. 45 *ad* art. 35.

<sup>46</sup> Voir notamment l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », en cours d'examen par l'Assemblée fédérale.

<sup>47</sup> Pour une approche différente sur ce point, voir, en Allemagne, MICHAEL/MORLOK (note 18), n. 471.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, ATF 131 I 91 c. 3.4 *in* JdT 2006 I 507.

<sup>49</sup> Sur cette problématique, voir en outre GUTMANNBAUER (note 17), pp. 188 s.

vertu de la puissance publique. Dans cette perspective, les deux parties à cette relation présentent au moins une différence.

## Conclusion

L'État est tenu de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits fondamentaux ou – pour reprendre la terminologie utilisée dans la Constitution fédérale – de contribuer à leur réalisation, non seulement quand il assume des tâches étatiques mais aussi lorsqu'il exerce d'autres activités. Cette obligation résulte directement de l'art. 1<sup>er</sup> CEDH et de l'art. 35 al. 2 Cst., même si la formulation de cette dernière disposition laisse à désirer à cet égard. Aussi les droits fondamentaux limitent-ils *toute* l'action de l'État. Ce faisant, ils concourent à la légitimité de celle-ci.

Le désavantage concurrentiel – si tant est qu'il existe – qu'est censé subir l'État paraît plutôt ténu, du moins dans la plupart des cas. Au demeurant, l'interprétation des droits fondamentaux n'est pas monolithique, mais comporte une dimension contextuelle. Dans cette optique, il appartient aux autorités veillant au respect des droits fondamentaux de tenir compte, au moins au stade de la mise en balance des intérêts en présence ou de l'analyse du caractère raisonnable ou non d'une mesure, du choix des autorités politiques de permettre à l'État de mener des activités en concurrence avec le secteur privé.