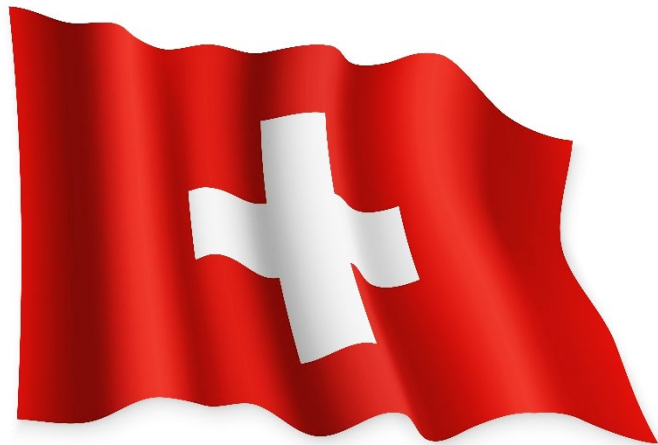

La liberté d'entreprise, une perspective de droit comparé

Suisse



ÉTUDE

EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Unité Bibliothèque de droit comparé

PE 762.343 - Juin 2024



LA LIBERTÉ D'ENTREPRISE, UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

Suisse

ÉTUDE
Juin 2024

Résumé

Ce document s'intègre dans une série d'études qui, avec une perspective de droit comparé, visent à faire une présentation de la liberté d'entreprise dans différents ordres juridiques. Après avoir expliqué le droit positif et la jurisprudence d'application, le contenu, les limites et la possible évolution de cette liberté sont examinés.

La présente étude a pour objet le cas de la Suisse.

La liberté d'entreprise n'est pas expressément garantie en Suisse. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'utilisent cette terminologie. La liberté du commerce et de l'industrie, puis la liberté économique sont les libertés pertinentes dans le contexte helvétique.

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 garantit la liberté économique, laquelle englobe la liberté d'entreprise. Ainsi, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts de principe protégeant diverses composantes de cette dernière. La place des entreprises dans l'économie est prise en compte et protégée non seulement par le droit constitutionnel, mais aussi par le droit infra-constitutionnel.

La liberté d'entreprise est confrontée à de nombreux défis. Si elle est protégée en Suisse, elle subit néanmoins de nombreuses restrictions. La plupart des domaines du droit suisse sont pertinents à cet égard et forment un cadre au sein duquel est exercée et peut se développer la liberté d'entreprise.

AUTEUR

Ce document a été rédigé par le **Prof. Dr Vincent MARTENET**, LL.M., professeur de droit constitutionnel suisse et comparé, ainsi que de droit de la concurrence, doyen de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne (août 2021-juillet 2024) et juge suppléant au Tribunal fédéral, à la demande de l'Unité « Bibliothèque de droit comparée », Direction générale des services de recherche parlementaire (DG EPRS), Secrétariat général du Parlement européen.

La structure suivie pour cette étude est établie par la Bibliothèque de droit comparé du Parlement européen en vue d'une comparaison entre les différentes études de la série. Il y a également, pour des raisons pratiques, un certain nombre de répétitions entre le contenu des chapitres I, II et III de l'étude, de nature essentiellement descriptive, et le chapitre IV qui est plus un commentaire critique, afin de faciliter l'utilisation de l'étude.

EDITEUR

Prof. Dr Ignacio DÍEZ PARRA, chef de l'Unité « Bibliothèque de droit comparé »
Pour contacter l'Unité, veuillez écrire à l'adresse : EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu

VERSIONS LINGUISTIQUES

Original : FR

Ce document est disponible sur Internet à l'adresse suivante :
<http://www.europarl.europa.eu/thinktank>

CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen. Il est dirigé aux députés et au personnel du Parlement européen pour faciliter leur travail parlementaire.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source, information préalable de l'Unité responsable et transmission d'un exemplaire à celle-ci (EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu).

Manuscrit achevé en juin 2024
Bruxelles © Union européenne, 2024.
Crédits photo : © magr80 / Adobe Stock

PE 762.343

Papier	ISBN : 978-92-848-1869-3	DOI : 10.2861/003801	QA-09-24-322-FR-C
PDF	ISBN : 978-92-848-1868-6	DOI : 10.2861/552876	QA-09-24-322-FR-N

Table des matières

Liste des encadrés	VI
Liste des abréviations	X
Synthèse	XII
I. Brève évolution historique de la reconnaissance de la liberté d'entreprise dans l'ordre juridique de la Suisse	1
I.1. Son apparition en « forme constitutionnelle »	1
I.1.1. Les origines	1
I.1.2. La liberté du commerce et de l'industrie (1874).....	2
I.1.3. La liberté économique (1999)	4
I.2. Les facteurs qui ont conduit à l'évolution du concept par la suite	5
I.2.1. La reconnaissance des trois fonctions de la liberté économique	5
I.2.1.1. La fonction individuelle	5
I.2.1.2. La fonction fédérative	6
I.2.1.3. La fonction institutionnelle.....	7
I.2.2. La fédéralisation du droit économique	8
I.2.3. Le développement des relations internationales	9
II. Dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles	14
II.1. Dispositions au niveau constitutionnel.....	14
II.1.1. Niveau fédéral.....	14
II.1.2. Niveau cantonal	20
II.1.2.1. Constitutions cantonales calquées sur la Constitution fédérale.....	20
II.1.2.2. Constitutions cantonales présentant des traits d'originalité	22
II.1.2.3. Constitutions cantonales énonçant des principes de l'ordre économique	22
II.2. Dispositions infra-constitutionnelles régissant la liberté d'entreprise	23
II.2.1. Niveau fédéral.....	23
II.2.1.1. Les lois fédérales transversales.....	24
II.2.1.2. Les lois fédérales relevant du droit public sectoriel.....	25
II.2.1.3. Les lois fédérales visant des activités ou professions déterminées	26
II.2.1.3.1. La libre circulation des avocats	26
II.2.1.3.2. La libre circulation des membres des professions médicales universitaires	27
II.2.2. Niveau intercantonal ou cantonal.....	27
II.2.3. Niveau communal	29
III. La jurisprudence la plus pertinente en la matière	31
III.1. La libre prestation de services en Suisse (ATF 125 I 474).....	31
III.2. L'activité économique de l'État (ATF 138 I 378)	32
III.3. La clause du besoin (ATF 140 I 218).....	35
III.4. L'égalité de traitement entre concurrents (ATF 121 I 279)	37
III.5. L'obligation de procéder à un appel d'offres (ATF 143 II 598).....	38
III.6. Le choix du nom commercial (ATF 128 I 19)	40
III.7. Le choix de la forme juridique et la qualité d'associé	41
III.7.1. Le cabinet d'avocats organisé en personne morale (ATF 138 II 440)	41
III.7.2. Le cabinet pluridisciplinaire organisé en personne morale (ATF 144 II 147)	42
III.8. L'adresse professionnelle (ATF 145 II 229)	44
III.9. La publicité.....	45

III.9.1. L'interdiction de la publicité pour le tabac et l'alcool (ATF 128 I 295)	45
III.9.2. La publicité des avocats (ATF 139 II 173)	46
III.10. La rémunération d'une activité lucrative privée	47
III.10.1. Le salaire minimum (ATF 143 I 403)	47
III.10.2. La rémunération admissible d'un avocat (ATF 143 III 600)	48
IV. Les contours et les défis de la liberté d'entreprise	50
IV.1. Le concept de liberté d'entreprise	50
IV.1.1. Des noms différents pour un même concept ?	50
IV.1.2. Les différences de la liberté d'entreprise avec d'autres libertés	51
IV.1.2.1. La liberté de commerce	51
IV.1.2.2. La liberté de l'industrie	52
IV.1.2.3. La liberté d'initiative économique	52
IV.2. La liberté d'entreprise est-elle un droit fondamental dans l'ordre juridique de la Suisse ?	52
IV.3. La coexistence avec le droit de propriété	53
IV.4. La liberté d'entreprise et l'État de droit	55
IV.5. La liberté d'entreprise et le modèle économique de l'État	56
IV.6. La liberté d'entreprise et les « pratiques nationales »	58
IV.7. La liberté d'entreprise dans une structure étatique non centralisée	58
IV.8. Les limites à la liberté d'entreprise	60
IV.8.1. Les restrictions	60
IV.8.1.1. La base légale	60
IV.8.1.2. L'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui	60
IV.8.1.3. La proportionnalité	61
IV.8.1.4. L'essence de la liberté économique	62
IV.8.2. Les dérogations	62
IV.8.2.1. La notion	62
IV.8.2.2. Les dérogations fédérales	64
IV.8.2.3. Les dérogations cantonales ou communales	66
IV.8.2.4. Appréciation critique	67
IV.8.3. Les secteurs réservés à l'État	68
IV.8.3.1. Les monopoles fédéraux	68
IV.8.3.2. Les monopoles cantonaux et communaux	69
IV.8.3.2.1. L'admissibilité	69
IV.8.3.2.2. Les conditions	70
IV.8.4. Le droit de la concurrence, en particulier les aides d'État	71
IV.8.4.1. Les trois axes la politique en matière de concurrence	72
IV.8.4.1.1. Les cartels et autres formes de limitation de la concurrence	72
IV.8.4.1.2. La fixation de prix abusifs	73
IV.8.4.1.3. La concurrence déloyale	74
IV.8.4.2. Un contrôle des aides d'État très lacunaire	75
IV.8.5. Le droit du travail	76
IV.8.6. Le droit pénal	79
IV.8.7. Le droit de séjour et d'établissement	80
IV.8.7.1.1. Les ressortissants suisses	80
IV.8.7.1.2. Les ressortissants de l'Union européenne ou de l'AELE	81
IV.8.7.1.3. Les ressortissants des États tiers	82
IV.8.8. La circulation des services	84
IV.8.9. Les mouvements de capitaux	85

IV.8.10. La publicité de produits ou de services.....	86
IV.8.11. Les droits des consommatrices et consommateurs.....	88
IV.8.12. Le droit de et à l'environnement	90
IV.8.13. Autres limites et défis.....	94
IV.8.13.1.1. L'usage accru ou privatif du domaine public	94
IV.8.13.1.2. L'étendue des activités économiques de l'État.....	95
IV.8.13.1.3. Le contrôle des interventions de l'État dans l'économie.....	96
IV.8.13.1.4. L'espace économique suisse unique et le protectionnisme	97
IV.8.13.1.5. La digitalisation de l'économie et l'intelligence artificielle.....	98
V. Conclusions	100
V.1. Bilan de la situation.....	100
V.2. Voies de renforcement possibles.....	100
Liste des traités, lois et règlements cités.....	102
Liste des arrêts cités.....	108
Bibliographie.....	115
Liste des sites internet consultés	122
Liste des publications de la Bibliothèque de droit comparé	123

Liste des encadrés

ENCADRÉ 1	2
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, art. 29 <i>in initio</i>	2
ENCADRÉ 2	2
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, art. 41(4).....	2
ENCADRÉ 3	3
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, arts. 31 et 33, et art. 5 des dispositions transitoires.....	3
ENCADRÉ 4	4
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, art. 31 (version en vigueur en 1999).....	4
ENCADRÉ 5	5
ATF 145 I 183 du 11 mars 2019, c. 4.1.2 et 4.2.1 (références omises).....	5
ENCADRÉ 6	10
ATF 149 I 41 du 24 janvier 2023, c. 4.2 (références omises).....	10
ENCADRÉ 7	11
Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et l'Union européenne ainsi que ses États membres, art. 2.....	11
ENCADRÉ 8	14
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 27 et 36.....	14
ENCADRÉ 9	15
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 94.....	15
ENCADRÉ 10	16
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 95.....	16
ENCADRÉ 11	16
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 96.....	16
ENCADRÉ 12	17
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 100-104.....	17
ENCADRÉ 13	19
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 122 et 123.....	19
ENCADRÉ 14	19
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 54.....	19
ENCADRÉ 15	20
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 51.....	20
ENCADRÉ 16	20
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 49.....	20
ENCADRÉ 17	21
Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, art. 26.....	21
ENCADRÉ 18	21
Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, art. 26.....	21

ENCADRÉ 19	21
Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 35.....	21
ENCADRÉ 20	22
Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, art. 23.....	22
ENCADRÉ 21	22
Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005, art. 107 (traduction).....	22
ENCADRÉ 22	23
Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 185.....	23
ENCADRÉ 23	23
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 35.....	23
ENCADRÉ 24	24
Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, arts. 1-3.....	24
ENCADRÉ 25	26
Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers, art. 1 – But et objet.....	26
ENCADRÉ 26	26
Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, art. 1, 2 et 4.....	26
ENCADRÉ 27	28
Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité, art. 2 et 5.....	28
ENCADRÉ 28	28
Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics, art. 2 - But.....	28
ENCADRÉ 29	31
ATF 125 I 474, considérant 2d.....	31
ENCADRÉ 30	32
ATF 125 I 474, considérant 3.....	32
ENCADRÉ 31	32
ATF 125 I 474 du 1 ^{er} octobre 1999, c. 4e/cc.....	32
ENCADRÉ 32	33
ATF 138 I 378 du 3 juillet 2012, c. 9.4, JdT 2014 I 3 (références omises).....	33
ENCADRÉ 33	36
ATF 140 I 218 du 16 décembre 2013, c. 6.7.7.....	36
ENCADRÉ 34	37
ATF 121 I 279 du 22 septembre 1995, c. 6e, JdT 1997 I 264.....	37
ENCADRÉ 35	39
ATF 143 II 598 du 1 ^{er} septembre 2017, c. 4.2.2 et 4.3.....	39
ENCADRÉ 36	40
ATF 128 I 19 du 19 février 2002, c. 4c/aa, JdT 2004 I 142.....	40
ENCADRÉ 37	42
ATF 138 II 440 du 7 septembre 2012, c. 16 et 18, JdT 2013 I 135 (références omises).....	42
ENCADRÉ 38	43
ATF 144 II 147 du 15 décembre 2017, c. 5.3.2 (références omises).....	43

ENCADRÉ 39	44
ATF 145 II 229 du 4 juin 2019, c. 8 (références omises)	44
ENCADRÉ 40	46
ATF 128 I 295 du 28 mars 2002, c. 4b, 5a et 5b (références omises)	46
ENCADRÉ 41	47
ATF 139 II 173 du 25 janvier 2013, c. 5.1, JdT 2014 I 53 (références omises)	47
ENCADRÉ 42	48
ATF 143 I 403 du 21 juillet 2017, c. 5.6.8 et 5.7 (références omises)	48
ENCADRÉ 43	49
ATF 143 III 600 du 13 juin 2017, c. 2.7.5, LawInside n° 512 (références omises).....	49
ENCADRÉ 44	50
ATF 128 I 19 du 19 février 2002, c. 4c/aa, JdT 2004 I 142 (références omises)	50
ENCADRÉ 45	50
Message du Conseil fédéral (gouvernement) relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, pp. 176-177 (références omises).....	50
ENCADRÉ 46	51
ATF 106 Ia 355 du 30 septembre 1980, c. 4d (références omises).....	51
ENCADRÉ 47	52
Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894, § 13	52
ENCADRÉ 48	52
Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, art. 10	52
ENCADRÉ 49	52
Constitution du canton de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977, art. 8.....	52
ENCADRÉ 50	54
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 26.....	54
ENCADRÉ 51	55
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 75b	55
ENCADRÉ 52	55
ATF 144 II 367 du 6 août 2018, c. 3.2 (références omises)	55
ENCADRÉ 53	56
ATF 145 I 73 du 13 février 2019, c. 6.1 (références omises).....	56
ENCADRÉ 54	57
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 127	57
ENCADRÉ 55	63
Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, art. 3 al. 1	63
ENCADRÉ 56	76
Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, art. 103	76
ENCADRÉ 57	77
Code des obligations du 30 mars 1911, art. 335c, 336 et 336a	77

ENCADRÉ 58	78
ATF 148 II 551 du 31 octobre 2022, c. 6.4 (références omises)	78
ENCADRÉ 59	79
Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), art. 9.....	79
ENCADRÉ 60	80
Code pénal suisse du 21 décembre 1937, art. 102.....	80
ENCADRÉ 61	81
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 24.....	81
ENCADRÉ 62	84
CJUE, arrêt <i>Fidium Finanz AG</i> du 3 octobre 2006 (GC), aff. C-452/04, sommaire (2)	84
ENCADRÉ 63	85
CJUE, arrêt <i>X GmbH</i> du 26 février 2019 (GC), aff. C-135/17, dispositif (3).....	85
ENCADRÉ 64	87
Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, art. 12 let. d	87
ENCADRÉ 65	87
Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux, arts. 31, 32 et 51	87
ENCADRÉ 66	89
Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, art. 8	89
ENCADRÉ 67	91
CourEDH, arrêt <i>Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse</i> du 9 avril 2024 (GC), requête n° 53600/20, §§ 573-574.....	91
ENCADRÉ 68	92
Code des obligations du 30 mars 1911, art. 964a-c.....	92
ENCADRÉ 69	94
Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 19.....	94

Liste des abréviations

aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
aCst. 1848	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848
AELE	Association Européenne de Libre-Échange
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté [Union par la suite] européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil des États
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CN	Conseil national
CO	Code des obligations
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique
Éd.	Édition
Édit.	Éditeur (s)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LApEI	Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCI	Loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration
LEmb	Loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les embargos)
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats)

LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LPMéd	Loi sur les professions médicales
LPO	Loi fédérale sur la Poste
LRTV	Loi fédérale sur la radio et la télévision
LSFin	Loi fédérale sur les services financiers
LSPr	Loi fédérale concernant la surveillance des prix
LTC	Loi fédérale sur les télécommunications
Message Cst.	Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996
n°	numéro
OASA	Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
OMC	Organisation mondiale du commerce
p., pp.	page, pages
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PJA	Pratique juridique actuelle
préc.	Précité(s)
RS	Recueil systématique (Droit fédéral et international consolidé)
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral
RDS	Revue de droit suisse
UE	Union européenne
ZBI	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>

Synthèse

La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 garantit la liberté économique, laquelle englobe la liberté d'entreprise. Si la seconde n'apparaît ni dans la Constitution fédérale ni dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, ses diverses composantes découlent néanmoins de la première. Ainsi, le Tribunal fédéral – l'autorité judiciaire suprême de la Confédération – a rendu plusieurs arrêts de principe concernant, en réalité, des aspects de la liberté d'entreprise. Il s'est notamment prononcé, souvent de manière nuancée, sur la libre prestation de services en Suisse, sur la protection d'activités entrepreneuriales, sur le choix du nom commercial, sur celui de la forme juridique donnée à une activité économique ou encore sur la publicité commerciale.

La liberté d'entreprise est confrontée à de nombreux défis. Si elle est protégée en Suisse, elle subit néanmoins de nombreuses restrictions. La plupart des domaines du droit suisse sont pertinents à cet égard et forment un cadre au sein duquel est exercée et peut se développer la liberté d'entreprise. Celle-ci est ainsi encadrée non seulement par le droit commercial, le droit du travail et le droit économique classique tel que le droit de la concurrence ou le droit public sectoriel, mais aussi, entre autres, par le droit de l'environnement ou le droit de la consommation.

La liberté d'entreprise est enfin exposée, dans divers secteurs économiques, à une certaine inflation législative, réglementaire et prudentielle. Le développement des relations entre l'Union européenne et la Suisse peut toutefois contribuer à renforcer la liberté d'entreprise, notamment en facilitant la circulation des services. Sur le plan interne, les autorités politiques fédérales cherchent des pistes afin de freiner la réglementation à laquelle sont soumises les entreprises, étant cependant noté que de nouveaux besoins de régulation apparaissent, par exemple en matière d'intelligence artificielle. Des projets législatifs sont actuellement élaborés au sein de l'administration fédérale dans ce domaine. Il est imaginable que la Suisse s'inspire des récentes réglementations adoptées dans l'Union européenne, tout en les allégeant eu égard aux incertitudes en la matière et à la liberté d'entreprise.

I. Brève évolution historique de la reconnaissance de la liberté d'entreprise dans l'ordre juridique de la Suisse

La liberté d'entreprise* n'est pas expressément garantie en Suisse. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'utilisent cette terminologie. La liberté du commerce et de l'industrie, puis la liberté économique sont les libertés pertinentes dans le contexte helvétique. L'une et l'autre comprennent en réalité les composantes de la liberté d'entreprise.

I.1. Son apparition en « forme constitutionnelle »

Si l'histoire de la Confédération suisse s'étend sur plus sept siècles, celle des libertés en matière économique est plus récente. L'entrée en vigueur de la [Constitution fédérale du 29 mai 1874](#) représente sans conteste l'étape décisive à ce propos.

I.1.1. Les origines

Les pactes de l'Ancien Régime – période qui s'est étendue sur cinq siècles en Suisse (1291-1798) – ne contenaient aucune garantie comparable à l'actuelle liberté économique. On aurait cherché celle-ci aussi en vain dans les deux constitutions de la République helvétique, même si des lois adoptées en 1798 et 1799 consacrèrent notamment la libre circulation des personnes et des biens ou abolirent des barrières douanières entre les cantons¹, dans l'[Acte de médiation de 1803](#) ou dans le [Pacte fédéral de 1815](#). La liberté d'entreprise n'apparaissait dans aucun de ces textes. Quelques constitutions de cantons dits régénérés commencèrent à garantir la liberté du commerce et de l'industrie ou une liberté équivalente dès les années 1830².

* NdE : Pour une comparaison de la réglementation de la **liberté d'entreprise** dans différents ordres juridiques, voir :

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Die unternehmerische Freiheit, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2024, XV und 140 S., Referenz PE 760.415 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), marzo 2024, XVI y 160 pp., referencia PE 760.373 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [La liberté d'entreprise, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2024, XII et 124 pp., référence PE 762.291 ;
- **Mexique** : FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. : [La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado: México](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), mayo 2024, XIV y 194 pp., referencia PE 762.318 ;
- **Union européenne** : ZILLER, J. : [La liberté d'entreprise, une perspective de droit comparé : Union européenne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2024, XII et 135 pp., référence PE 757.620.

¹ Voir notamment GRISEL, É. : *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, 464 pp. (p. 41, n° 36) ; RHINOW, R., SCHMID, G., BIAGGINI, G. et UHLMANN, F. : *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, lvi et 718 pp. (pp. 24-25, n° 16-17) ; MALINVERNI, G., HOTTELIER, M., HERTIG RANDALL, M. et FLÜCKIGER, A. : *Droit constitutionnel suisse, volume II : Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2021, xlix et 863 pp. (p. 482, n° 968) ; MARTENET, V. : « Art. 27 », in MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 789, n° 2). Plusieurs passages de la présente étude sont tirés du commentaire de cet article et de ceux des articles 35, 49, 51, 94, 96 et 100 Cst.

² Voir KÖLZ, A. : *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, volume I : Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, trad. Perrinjaquet A. et Colbois S. en collaboration avec Dufour A. et Monnier V., Berne, Stämpfli, et Bruylant, Bruxelles, 2006, vi et 707

Si la [Constitution fédérale de 1848](#) ne consacrait pas, en tant que telle, la liberté du commerce et de l'industrie, elle en garantissait néanmoins certains aspects³. Ainsi, sous diverses réserves :

ENCADRÉ 1

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, [art. 29 in initio](#)

« [l]e libre achat et la libre vente des denrées, du bétail et des marchandises proprement dites, ainsi que des autres produits du sol et de l'industrie, leur libre entrée, leur libre sortie et leur libre passage d'un Canton à l'autre [étaient] garantis dans toute l'étendue de la Confédération ». ⁴

Par ailleurs, les douanes cantonales étaient abolies⁵, sans toutefois que la création d'un espace économique unifié ne soit pour autant envisagée⁶. Enfin, la liberté d'établissement était expressément garantie ([art. 41 aCst. 1848](#)), ce qui avait des implications sur la vie économique, voire entrepreneuriale, et la mobilité professionnelle.

ENCADRÉ 2

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, [art. 41\(4\)](#)

(...)

4) En s'établissant dans un autre Canton, le Suisse entre en jouissance de tous les droits des citoyens de ce Canton, à l'exception de celui de voter dans les affaires communales et de la participation aux biens des communes et des corporations. En particulier, la liberté d'industrie et le droit d'acquérir et d'aliéner des biens-fonds lui sont assurés, conformément aux lois et ordonnances du Canton, lesquelles doivent, à tous ces égards, traiter le Suisse domicilié à l'égal du citoyen du Canton.

I.1.2. La liberté du commerce et de l'industrie (1874)

La [Constitution fédérale du 29 mai 1874](#) garantissait, pour la première fois au niveau de la Confédération, la liberté du commerce et de l'industrie – à la fois comme droit fondamental et principe de l'ordre économique suisse ([art. 31 aCst.](#)) – ainsi que la libre circulation des personnes exerçant une profession libérale sur la base d'un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons ([art. 5 des dispositions transitoires aCst.](#))⁷. Une compétence législative était attribuée à la Confédération dans ce domaine ([art. 33 aCst.](#)).

pp. (pp. 296-297, 362-365 et 558) ; GRISEL, préc., note 1 (p. 44, n° 46) ; WINISTÖRFER M. M.: *Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2021, lviii et 684 pp. (p. 5).

³ Pour une synthèse, voir GRISEL, préc., note 1 (pp. 44-45, n°s 48-49) ; DUBEY J. : *Droits fondamentaux, volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droit sociaux et politiques*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, xxx et 1234 pp. (p. 454, n° 2745) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 6-7).

⁴ Voir notamment RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 28, n°s 29-30).

⁵ Voir KÖLZ, préc., note 2 (pp. 648-653).

⁶ KÖLZ, préc., note 2 (p. 672).

⁷ Voir KÖLZ, préc., note 2 (pp. 523-524) ; VALLENDER K. A. et HETTICH P. : « Art. 27 », in EHRENZELLER B., EGLI P., HETTICH P., HONGLER P., SCHINDLER B., SCHMID S. G. et SCHWEIZER R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (pp. 1119-1120, n° 1).

ENCADRÉ 3

**Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, arts. 31 et 33,
et art. 5 des dispositions transitoires**

Art. 31 (version originale)

¹ *La liberté de commerce et d'industrie est garantie dans toute la Confédération.*

² *Sont réservés :*

a. La régale du sel et de la poudre de guerre, les péages fédéraux, les droits d'entrée sur le vin et les autres boissons spiritueuses, ainsi que les autres droits de consommation formellement reconnus par la Confédération (...);

b. Les mesures de police sanitaire contre les épidémies et les épizooties ;

c. Les dispositions touchant l'exercice des professions commerciales et industrielles, les impôts qui s'y rattachent et la police des routes ;

³ *Ces dispositions ne peuvent rien renfermer de contraire au principe de la liberté de commerce et d'industrie.*

Art. 33

¹ *Les Cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales.*

² *La législation fédérale pourvoit à ce que ces derniers puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération.*

Art. 5 des Dispositions transitoires

Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'article 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un Canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs Cantons peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

Le Tribunal fédéral – la plus haute juridiction de la Confédération suisse – a rendu une jurisprudence abondante sur la base des [art. 31 aCst.](#) et [5 DT aCst.](#) Les arrêts qui conservent une pertinence seront cités. Il convient cependant d'observer d'emblée que le Tribunal fédéral n'a pas reconnu une liberté d'entreprise qui compléterait la liberté du commerce et de l'industrie, alors même qu'il a reconnu quelques libertés non écrites dès le début des années 1960.

Le Tribunal fédéral s'est appuyé notamment sur les art. 31 aCst. et 5 DT aCst. pour créer un corpus jurisprudentiel comprenant notamment des développements relatifs à la liberté d'entreprise en Suisse. Les arrêts rendus par le Tribunal fédéral ont contribué de manière significative à unifier le marché intérieur suisse et à permettre aux entreprises ainsi qu'aux particuliers de développer leurs activités sur tout le territoire suisse. L'approche retenue par le Tribunal fédéral s'est globalement avérée libérale et donc favorable au secteur privé ainsi qu'à la liberté d'entreprise en Suisse. La législation régulant les activités économiques en Suisse est cependant largement restée du ressort des cantons, maintenant ainsi un cloisonnement des marchés cantonaux et une hétérogénéité législative – deux facteurs néfastes pour la liberté d'entreprise.

Le pouvoir constituant a lui aussi fait évoluer le cadre constitutionnel au sein duquel s'est développée l'activité économique et entrepreneuriale en Suisse. Ainsi, l'[art. 31 aCst.](#) a subi une révision en date du 6 juillet 1947 et fut complété par de nombreux articles au point de former, avec quelques autres dispositions, ce que l'on appelait communément la « constitution

économique» de la Suisse⁸. Ces dispositions ont notamment attribué de nouvelles compétences à la Confédération, mais n'ont pas consacré la liberté d'entreprise en tant que telle. La liberté du commerce et de l'industrie demeurait la liberté décisive en matière économique.

ENCADRÉ 4

**Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, art. 31
(version en vigueur en 1999)**

¹ *La liberté de commerce et de l'industrie est garantie sur tout le territoire de la Confédération, sous réserve des dispositions restrictives de la constitution et de la législation qui en découle.*

² *Les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie ainsi que sur leur imposition sont réservées. Toutefois, elles ne peuvent déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie à moins que la constitution fédérale n'en dispose autrement. Les régales cantonales sont aussi réservées.*

I.1.3. La liberté économique (1999)

La [Constitution fédérale du 18 avril 1999](#) s'inscrit dans la continuité par rapport à la précédente⁹. Elle pose les fondements du système économique ([art. 94 Cst.](#)), en opérant un choix fondamental en faveur d'un « *ordre économique basé sur les principes de l'économie de marché* »¹⁰. La liberté économique constitue ainsi la pierre angulaire ou, du moins, l'une d'elles dans un tel système. Cette approche n'équivaut pas à une forme de laisser-faire en matière économique. En effet, l'action de l'État s'avère, en réalité, indispensable à l'effectivité, voire à la « *survie du principe de la liberté économique* »¹¹.

La liberté économique y est garantie à la fois comme droit fondamental ([art. 27 Cst.](#)) et comme principe de l'ordre économique ([art. 94 Cst.](#)). Dans le chapitre 2 du titre 3 de la Constitution fédérale, le principe de la liberté économique ouvre la section 7 consacrée à l'« Économie ». En revanche, le Parlement fédéral a notamment refusé de protéger la liberté économique d'une manière renforcée en prévoyant que les atteintes à celle-ci requièrent une base constitutionnelle¹². Par ailleurs, la Constitution fédérale ne mentionne pas la liberté d'entreprise. Celle-ci n'a pas non plus été mentionnée *expressis verbis* lors des débats parlementaires concernant la Constitution fédérale adoptée ensuite par le peuple et les cantons le 18 avril 1999.

Cette dernière étape, pour l'heure, de l'histoire constitutionnelle de la liberté économique se traduit aussi par la volonté de fixer les contours du régime économique dans la Constitution fédérale elle-même, d'où la notion de « constitution économique ». Celle-ci englobe désormais avant tout les [art. 27](#) (liberté économique) et [94 à 107](#) (Économie) Cst. Dans une optique plus large, d'aucuns lui adjoignent les [art. 26](#) (Garantie de la propriété), [28](#) (Liberté syndicale) et [126 à 135](#) (Régime des finances) Cst. Il est aussi envisageable d'y inclure d'autres articles de la Constitution fédérale relatifs à des activités économiques, à l'instar des [art. 91](#)

⁸ Pour un aperçu, voir RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (pp. 34-74, n^{os} 57-74).

⁹ Voir BO CN 1998 870 (DETLING, T. et SANDOZ, S.) et 871-872 (PELLI, F., rapporteur). En doctrine, voir notamment MAHON P. : « Art. 27 », in AUBERT, J.-F. et MAHON, P. : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2003, xxii et 1515 pp. (p. 236, n^o 4) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 790, n^o 4).

¹⁰ [Message Cst.](#), FF 1997 I 298.

¹¹ [Message Cst.](#), FF 1997 I 299.

¹² Voir BO CN 1998 869-873.

(Transport d'énergie) et [92](#) (Services postaux et télécommunications) Cst., ou à des redevances ou impôts (art. [85](#), [85a](#), [86](#) et [87b](#) Cst.)¹³.

I.2. Les facteurs qui ont conduit à l'évolution du concept par la suite

L'évolution de la liberté du commerce et de l'industrie, puis de la liberté économique repose sur de multiples facteurs. Aussi ce processus est-il multifactoriel. Trois facteurs ont sans conteste joué un rôle décisif en la matière. Chacun d'eux concerne non seulement la liberté économique d'une manière générale, mais aussi la liberté d'entreprise plus spécifiquement.

I.2.1. La reconnaissance des trois fonctions de la liberté économique

La jurisprudence et la doctrine ont progressivement assigné trois fonctions à la liberté économique. La jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux arts. [31 aCst.](#) et [27 Cst.](#) a véritablement donné vie respectivement à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté économique. De nombreux arrêts ont, en effet, contribué à rendre effective cette liberté face à des cantons qui ne s'y conformaient pas pleinement. De surcroît, certains arrêts majeurs du Tribunal fédéral insistent sur la nécessité de considérer la Constitution fédérale dans son ensemble, sans isoler l'une des dispositions économiques des autres¹⁴. La liberté économique ne se résume pas pour autant à ce triptyque. D'une part, ces fonctions sont plus complexes qu'elles ne le laissent supposer de prime abord. D'autre part, elles ne sont pas délimitées de manière nette les unes par rapport aux autres, mais se recourent en partie.

I.2.1.1. La fonction individuelle

À l'instar des droits fondamentaux, la liberté économique protège les personnes et remplit ainsi une fonction individuelle. Dans cette optique, elle « *comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice* » ([art. 27 al. 2 Cst.](#)). La notion d'« *activité économique lucrative privée* » est très large et s'oppose à celle de tâche publique¹⁵. Elle n'est pas pour autant illimitée, puisqu'elle n'inclut pas, par exemple, la mendicité¹⁶.

ENCADRÉ 5

[ATF 145 I 183 du 11 mars 2019](#), c. 4.1.2 et 4.2.1 (références omises)

Entre dans le domaine de protection matériel de la garantie constitutionnelle toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. L'accomplissement de tâches publiques, même s'il est le fait de personnes exerçant une profession libérale, n'entre pas dans ce cadre. La jurisprudence a ainsi considéré que le notaire qui instrumente un acte ou l'avocat en sa qualité de défenseur d'office ne peuvent invoquer la liberté économique, le premier du fait qu'il est un officier public, investi d'une parcelle de la puissance publique, le second parce qu'il exerce une tâche étatique régie par le droit public cantonal.

Le curateur (art. 400 ss CC) est un organe de la protection de l'adulte. Il tire ses pouvoirs primaires d'un acte de l'autorité de protection laquelle est tenue de le désigner (cf. art. 400 al. 1 CC) lorsqu'elle prend une mesure destinée à garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide (cf. art. 388 al. 1 CC). Les tâches qu'il doit accomplir sont déterminées par la mesure de protection prise (cf. art. 390 ss CC) et ses actes engagent la seule responsabilité de l'État (cf. art. 454 CC). S'agissant plus

¹³ Pour le surplus, voir *infra* II.1.1.

¹⁴ [ATF 143 II 297](#), c. 5.3.5, JdT 2018 I 3.

¹⁵ [ATF 145 I 183](#), c. 4.1.2.

¹⁶ [ATF 149 I 248](#), c. 4.5.

particulièrement de sa rémunération, il ne peut pas adresser sa note d'honoraires directement à la personne concernée et prélever les montants qu'il estime lui être dus directement sur les biens de cette dernière; il doit requérir de l'autorité de protection une décision, laquelle fixera la rémunération appropriée et les frais à rembourser (cf. art. 404 al. 1 CC) sur la base des éléments qu'il aura fournis. La décision de l'autorité de protection constitue à cet égard une décision d'une autorité administrative prise dans le cadre de la compétence spécifique de cette autorité. Une fois fixée, la rémunération est prélevée sur les biens de la personne concernée (art. 404 al. 1 CC) ou acquittée par l'État en cas d'indigence (art. 404 al. 3 CC).

Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine qualifient l'activité de protection du curateur tantôt de fonction officielle ou liée à l'exercice de la puissance publique, tantôt d'office public ou de mandat à caractère public ou encore de tâche ou obligation de droit public. Accomplissant ainsi une tâche publique, le curateur ne saurait se prévaloir de la liberté économique.

Cette fonction individuelle de la liberté économique se double souvent d'une fonction collective¹⁷, pour deux raisons au moins. En premier lieu, plusieurs victimes d'une même violation des droits fondamentaux sont généralement légitimées à agir en commun. À titre d'illustration, des personnes empêchées d'exercer une activité économique lucrative privée en raison d'une loi cantonale saisiront éventuellement ensemble la cour constitutionnelle du canton concerné, si une telle institution existe, ou le Tribunal fédéral. En second lieu, de nombreux arrêts de principe relatifs aux droits fondamentaux, y compris à la liberté économique, revêtent une portée générale.

Cette première fonction couvre les différents aspects de la liberté d'entreprise. Ainsi, un individu ou une société commerciale qui ferait face à des restrictions quant aux activités autorisées, à la définition de son offre de produits ou de services¹⁸, à sa politique de prix¹⁹, à sa liberté contractuelle²⁰, au choix de ses collaborateurs²¹, aux moyens d'exercice de ses activités, au choix de son nom commercial²², à l'emplacement de son siège, de ses filiales, de ses succursales ou, plus largement, de ses activités²³, à sa forme juridique²⁴, à la possibilité de faire de la publicité²⁵ ou encore à son organisation interne²⁶ peut se prévaloir de liberté économique et, plus précisément, de la fonction individuelle de cette dernière²⁷. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive. Enfin, il faut garder à l'esprit que la liberté n'est pas garantie de manière absolue, mais peut être restreinte, conformément à l'art. 36 Cst.

1.2.1.2. La fonction fédérative

La fonction fédérative de la liberté économique tend spécialement à la suppression ou à l'abaissement des obstacles à la mobilité professionnelle ou aux échanges économiques entre

¹⁷ Voir notamment MARTENET, préc., note 1 (pp. 791-792, n° 14).

¹⁸ [ATF 131 I 223](#), c. 4.1.

¹⁹ [ATF 119 Ia 59](#), c. 6a.

²⁰ [ATF 146 I 70](#), c. 6.1 ; [ATF 143 I 395](#), c. 4.1 ; [ATF 131 I 223](#), c. 4.1.

²¹ [ATF 138 II 42](#), c. 3.1 et 3.2.3.

²² [ATF 128 I 19](#), c. 4, JdT 2004 I 142.

²³ [ATF 125 I 276](#), c. 4b.

²⁴ [ATF 138 II 440](#), c. 16 et 18.

²⁵ [ATF 139 II 173](#), c. 5.1 et 6.1, JdT 2014 I 53 ; [ATF 128 I 295](#), c. 5a.

²⁶ [ATF 91 I 306](#), c. 6.

²⁷ Pour une synthèse, voir notamment MARTENET, préc., note 1 (pp. 800-801, n°s 48-57 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 121-122 et 143-149) ; DIEBOLD N. et RÜTSCHKE B. : *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung*, vol. 1, Zurich et Genève, Schulthess, 2023, xvii et 509 pp. (pp. 162-163, n° 48 et les références jurisprudentielles).

les cantons²⁸. Elle concourt à la création d'un « *espace économique suisse unique* », selon les termes utilisés à l'[art. 95 al. 2 Cst.](#)²⁹.

Cette fonction possède aussi une dimension individuelle³⁰, puisqu'une personne empêchée d'exercer une activité dans un autre canton ou dont la formation n'y est pas reconnue peut en principe invoquer la liberté économique, pour quant qu'elle en soit titulaire, et la [loi fédérale sur le marché intérieur](#), si celle-ci est applicable. Dans la même optique, une société commerciale ayant son siège en Suisse qui verrait son activité entrepreneuriale restreinte par des collectivités publiques est habilitée à invoquer la liberté économique et, plus spécifiquement, la fonction fédérative de celle-ci. Cette fonction contribue ainsi à rendre effective la liberté d'entreprise sur tout le territoire suisse.

1.2.1.3. La fonction institutionnelle

La fonction institutionnelle ou systémique de la liberté économique se rapporte au choix, effectué dans la Constitution fédérale, en faveur de l'économie de marché. Elle est plutôt rattachée à l'[art. 94 Cst.](#)³¹, lequel impose aux cantons et à la Confédération de respecter le « *principe de la liberté économique* » (al. 1) et de veiller à « *créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée* » (al. 3). L'[art. 27 Cst.](#) est cependant également pertinent à cet égard³². En garantissant la liberté économique en son premier alinéa, il énonce aussi une valeur censée orienter l'activité de l'État. Le marché est compris comme un « *mécanisme autorégulé par le libre jeu de l'offre et de la demande* »³³ et régulé tant par le droit international que par le droit interne³⁴.

Une certaine subsidiarité de l'État quant aux activités économiques, en tant que principe d'orientation seulement³⁵, se déduit aussi du principe de la liberté économique³⁶. Il appartient

²⁸ Voir notamment BIAGGINI, G. : *BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Zurich, Orell Füssli, 2017, 1581 pp. (pp. 323-324, n^{os} 21-22 *ad* Art. 27) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 792, n^o 15) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 124-127).

²⁹ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 236 et 251, n^{os} 4 et 25) ; MALINVERNI, HOTTELLIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 491, n^o 993) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1121, n^o 5).

³⁰ Voir notamment RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 85, n^o 19).

³¹ [ATF 145 I 183](#), c. 4.1.1 ; [ATF 143 II 425](#), c. 4.2 ; BO CE 1998 44 (MARTY D., rapporteur) ; BO CN 1998 872-873 (KOLLER A., conseiller fédéral). En doctrine, voir notamment UHLMANN, F. : « Art. 94 », in WALDMANN, B., BELSER, E. M. et EPINEY, A. (édit.) : *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015, lix et 2953 pp. (p. 1503, n^o 1) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 259-261) ; VALLENDER, K. A. et HETTICH, P. : « Art. 94 », in EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (p. 2711, n^o 4) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 792, n^o 16).

³² Voir notamment BIAGGINI, préc., note 28 (p. 830, n^o 1 *ad* Art. 94) ; KIENER, K., KÄLIN, W. et WYTENBACH, J. : *Grundrechte*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2018, xlviii et 589 pp. (p. 370, n^{os} 9-10).

³³ AUDARD, C. : *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard/Folio, 2009, 843 pp. (p. 730) ; comp. DUBEY, préc., note 3 (p. 461, n^{os} 2772-2773).

³⁴ Sur ce dernier point, voir notamment MÜLLER, J. P. et SCHEFER, M. : *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2008, liii et 1229 pp. (p. 1046) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 31 (pp. 2715-2717, n^{os} 12 et 17) ; KIENER, KÄLIN et WYTENBACH, préc., note 32 (p. 376, n^o 34).

³⁵ 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 [...] ».

³⁶ Voir spécialement VALLENDER, K. A., HETTICH, P. et LEHNE, J. : *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2006, li et 1045 pp. (pp. 191-193, n^{os} 179-184). Dans un sens voisin, voir GRISEL, préc., note 1 (pp. 114-115, n^{os} 219-221), qui met l'accent sur l'[art. 27 Cst.](#) ; MALINVERNI, HOTTELLIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 490, n^o 988) : « Exprimée en des termes positifs, cette fonction institutionnelle signifie que l'économie repose principalement

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, notamment de remédier aux inefficiences du système économique, c'est-à-dire aux défaillances de marché³⁷, ou de poursuivre des objectifs socialement ou économiquement plus ciblés que ceux qui résulteraient du marché³⁸. Ces différents aspects de la fonction ou dimension institutionnelle de la liberté économique supposent aussi de garantir la sécurité juridique, de préserver un espace de liberté permettant aux relations économiques et sociales de se développer, y compris par le recrutement d'employés étrangers, ainsi que de mettre sur pied une fiscalité raisonnable. Le Conseil fédéral ne disait pas autre chose dans son message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale : « *La création d'un environnement favorable à l'économie privée fait partie depuis toujours (mais surtout depuis que les lieux d'implantation font l'objet d'une concurrence internationale toujours plus impitoyable) des tâches essentielles de l'État dans le secteur économique* »³⁹. En définitive, l'[art. 94 Cst.](#) est une norme favorable à l'activité entrepreneuriale en Suisse dans le cadre d'une économie de marché régulée. Dans cette optique, la Constitution fédérale implique de créer un environnement favorable à la liberté d'entreprise en Suisse.

La liberté économique participe, de surcroît, de la mise en place et du maintien d'un régime de concurrence. Celui-ci est inhérent à une économie de marché. L'[art. 27 Cst.](#) – et non pas seulement l'[art. 94 Cst.](#) – apporte sa pierre à un tel régime, en particulier en garantissant l'égalité de traitement entre concurrents économiques⁴⁰. Ces derniers sont individuellement légitimés à s'en prévaloir, ce qui montre que la fonction institutionnelle et la fonction individuelle de la liberté économique ne sont aucunement dissociées⁴¹. En d'autres termes, le caractère multifonctionnel de la liberté économique⁴² ne se traduit pas par une superposition ou une juxtaposition de fonctions pleinement indépendantes les unes par rapport aux autres. En réalité, ces fonctions sont souvent imbriquées les unes dans les autres et se nourrissent mutuellement⁴³, ce qui a plutôt pour effet de renforcer la liberté d'entreprise en Suisse.

I.2.2. La fédéralisation du droit économique

En Suisse, la régulation de l'économie de marché a longtemps relevé, en bonne partie, des cantons. Il en résultait un patchwork de règles convergentes ou divergentes. Cette situation rendait plus complexe l'activité entrepreneuriale en Suisse. La liberté du commerce et de

sur l'initiative privée et l'autonomie des particuliers. ») ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1155, n° 98 : « *Demnach ist Wirtschaften grundsätzlich Sache der Privaten.* ») ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1504, n° 4) ; comp. en outre BIAGGINI, préc., note 28 (p. 831, n° 2 et les références ad Art. 94), qui met en exergue le principe de « *Staatsfreiheit der Wirtschaft* » ; DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (pp. 190-191, n° 136), qui relèvent que la jurisprudence du TF est peu exigeante à l'endroit de l'État.

³⁷ Sur les différentes catégories de défaillances de marché, voir, pour une synthèse, TIROLE J. : *Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016, 629 pp. (pp. 210-214).

³⁸ Voir CONSEIL FÉDÉRAL : *État et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels*, rapport du 8.12.2017, Berne, Confédération suisse, 2017, 58 pp. (p. 3). En doctrine, voir HANGARTNER Y. : « BGE 138 I 378, Zusammenfassung und Bemerkungen », *PJA* 2012, pp. 1819-1823 (p. 1823, n° 9 *in fine*).

³⁹ [Message Cst.](#), FF 1997 I 299.

⁴⁰ Voir infra III.4.

⁴¹ Voir notamment [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.1. En doctrine, voir notamment MARTENET, préc., note 1 (p. 792, n° 17).

⁴² VALLENDER, K. A. : « *Wirtschaftsfreiheit* », in MERTEN, D. et PAPIER, H.-J. (édit.), MÜLLER, J. P. et THÜRER, D. (coord.) : *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg, C.F. Müller, ainsi que Zurich et St-Gall, Dike, 2007, pp. 547-585 (p. 551).

⁴³ [ATF 145 I 183](#), c. 4.1.1. En doctrine, voir spécialement MARTENET, V. : « Les autorités de la concurrence et la liberté économique », *PJA* 2008, pp. 963-982 (p. 964).

l'industrie était certes garantie et pouvait contribuer à abaisser les obstacles entre les cantons, mais n'était pas en mesure d'uniformiser le droit économique en Suisse.

Aujourd'hui, la régulation de l'économie de marché relève avant tout de la Confédération. Celle-ci peut s'appuyer notamment sur les [art. 94 à 107 Cst.](#) pour adopter des lois et des ordonnances de régulation de l'économie ou de secteurs déterminés de celle-ci. Les art. [98](#) (Banques et assurances) et [107 Cst.](#) (Armes et matériel de guerre) fournissent deux excellentes illustrations à cet égard. De plus, la compétence attribuée à la Confédération par l'[art. 95 al. 1 Cst.](#), permettant à celle-ci de « *légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées* », s'avère extrêmement large. D'autres articles constitutionnels entrent, de surcroît, en ligne de compte, montrant une nouvelle fois que la Constitution fédérale forme un ensemble. On songe en particulier aux sections relatives aux travaux publics et aux transports ([art. 81–88 Cst.](#)), à l'énergie et aux communications ([art. 89–93 Cst.](#)), ou droit civil et à la procédure civile ([art. 122 al. 1 Cst.](#)) ou encore au droit pénal et à la procédure pénale ([art. 123 al. 1](#)).

Plusieurs lois fédérales relaient, en droit ordinaire, certains aspects de la liberté économique et, plus spécifiquement, de la liberté d'entreprise. L'[art. 27 al. 1 Cst.](#) est, du reste, mentionné dans le préambule de la [loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence](#)⁴⁴, quand bien même il n'attribue aucune compétence à la Confédération⁴⁵. Les lois fédérales portant la même date sur le marché intérieur⁴⁶ et sur les entraves techniques au commerce⁴⁷ tendent à faciliter les échanges économiques et donc renforcent l'effectivité de la liberté d'entreprise en Suisse.

L'activité des entreprises en Suisse est dès lors régie avant tout par le droit fédéral qui s'est développé et étendu depuis la création de l'État fédéral en 1848. Des différences en matière de fiscalité subsistent toutefois. En somme, d'un point de vue juridique, les divergences et, à certains égards, la concurrence entre les cantons concernent surtout la fiscalité et, sur certains points, la politique sociale, mais ne portent pas véritablement sur les normes de régulation de l'activité économique en Suisse, celles-ci étant largement fédéralisées.

1.2.3. Le développement des relations internationales

Le développement des relations internationales de la Suisse signifie aussi que la liberté économique et, au sein de celle-ci, la liberté d'entreprise sont encadrées dans une mesure importante par des règles internationales. Ces dernières ne se limitent pas à restreindre la liberté des entreprises, mais peuvent aussi contribuer à la garantir de manière effective. Il sera toutefois d'emblée précisé que la Suisse n'a pas ratifié le [Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme](#), si bien la jurisprudence très riche de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la protection de la propriété ne concerne en principe pas directement la Suisse.

En d'autres termes, si le droit de l'économie compte un volet constitutionnel substantiel en Suisse, il s'internationalise aussi dans une importante mesure,⁴⁸ ce qui ne constitue au demeurant pas une spécificité suisse. Dans cette perspective, l'activité du législateur est

⁴⁴ Loi sur les cartels, LCart ; RS 251.

⁴⁵ BIAGGINI, préc., note 28 (p. 317, n° 7 ad Art. 27).

⁴⁶ [LMI](#) ; RS 943.02.

⁴⁷ [LETC](#) ; RS 946.51.

⁴⁸ Voir spécialement BAUDENBACHER C. : « Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law », *RDS* 2012 II, pp. 419-673 (pp. 479-510 et 559-645) ; MARTENET V. : « La Constitution et l'économie », in DIGGELMANN O., HERTIG RANDALL M. et SCHINDLER B. : *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, 3 volumes, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2020, pp. 2061-2090 (pp. 2088-2089). Quelques passages de la présente étude sont tirés de cette contribution.

doublément encadrée par les engagements internationaux pris par la Suisse et par la Constitution fédérale. Les intérêts de l'économie nationale sont par ailleurs sauvegardés dans le cadre du droit international liant la Confédération et les cantons concernés. L'[art. 94 al. 2 Cst.](#) n'habilite aucunement l'une ou les autres à violer ce droit, qu'ils sont constitutionnellement tenus de respecter et d'appliquer ([art. 5 al. 4](#) et [190 Cst.](#)).⁴⁹ Plus précisément, les intérêts de l'économie nationale sont pris en compte lorsqu'ils sont compatibles avec les obligations de la Suisse découlant notamment du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou des accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne. Du reste, ces intérêts et ces obligations vont souvent de pair. Le respect du droit international sert les intérêts d'une économie ouverte et exportatrice telle que l'économie suisse.

ENCADRÉ 6

[ATF 149 I 41](#) du 24 janvier 2023, c. 4.2 (références omises)

Aux termes de l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités suisses sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Ni l'art. 190 Cst., ni l'art. 5 al. 4 Cst. n'instaurent de rang hiérarchique entre les normes de droit international et celles de droit interne. Selon la jurisprudence, en cas de conflit, les normes du droit international qui lient la Suisse priment en principe celles du droit interne qui lui sont contraires.

Les nombreux accords en matière de libre-échange conclus par la Suisse ainsi que le droit de l'OMC⁵⁰ facilitent les échanges commerciaux et améliorent l'accès à de nombreux marchés. Ils contribuent, en d'autres termes, à rendre effectifs la liberté économique et les principes de l'ordre économique dans une perspective internationale et transfrontière. Les entreprises voient aussi leur liberté entrepreneuriale encadrée et, en même temps, protégée par les engagements internationaux pris par la Suisse*.

⁴⁹ Voir, dans une optique générale, [ATF 149 I 41](#), c. 4.2 ; [ATF 142 II 35](#), c. 3.2 et les références ; [ATF 139 I 16](#), c. 5.1.

⁵⁰ La plupart des accords internationaux principaux conclus par la Suisse sont classés dans la [section 0.632](#) (« Tarifs douaniers ») du Recueil systématique du droit fédéral.

* Sur la ratification des traités internationaux en Suisse, voir DE ROSSA, F. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2018, VI et 35 pp., référence PE 614.719.

Pour une comparaison de la réglementation de ce sujet dans différents ordres juridiques, voir :

- **Allemagne** : GRAF VON KIELMANSEGG, S. : [Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2018, VIII und 47 S., Referenz PE 620.232 (version originale en allemand) ; [Ratificación de los tratados internacionales: una perspectiva de Derecho Comparado - Alemania](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2018, X y 55 pp., referencia PE 620.232 (version en espagnol avec commentaires ajoutés) ; [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, XII et 68 pp., référence PE 689.340 (version en français mise à jour avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2020, VI et 44 pp., référence PE 646.197 ;
- **Canada** : PROVOST, R. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2018, VI et 34 pp., référence PE 633.186 ;
- **Espagne** : FERNÁNDEZ DE CASAVEANTE ROMANI, C. : [La ratificación de los tratados internacionales, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), septiembre 2021, VIII y 80 pp., referencia PE 698.044 ;

Certains accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne suppriment ou abaissent les entraves aux échanges économiques et, du point de vue de la Suisse, ouvrent l'accès au marché intérieur de l'Union. On songe notamment à l'accord sur la suppression des obstacles techniques au commerce⁵¹. Cet accord, parmi d'autres, contribue à conférer une dimension européenne à la liberté d'entreprise, y compris en ce qui concerne la Suisse.

L'[Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes \(ALCP\) entre la Confédération suisse, d'une part, et l'Union européenne ainsi que ses États membres, d'autre part](#), facilite les conditions de séjour et de travail des citoyens de l'Union européenne en Suisse. Il est en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002. Le droit à la libre circulation des personnes est complété par des dispositions sur la reconnaissance mutuelle des diplômes, l'acquisition de biens immobiliers et la coordination des systèmes de sécurité sociale. En vertu de la [Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange](#) (AELE), les mêmes règles s'appliquent aux États de l'AELE. L'ALCP influe par ailleurs sur le champ d'application personnel, voire matériel, de la liberté économique, celle-ci étant interprétée de manière conforme à celui-là⁵². Dans l'Union européenne, la liberté professionnelle et le droit de travailler ainsi que la liberté d'entreprise sont garantis par la Charte des droits fondamentaux ([art. 15 et 16](#)). L'ALCP ne garantit pas ces libertés, mais accorde une grande place à l'interdiction de la discrimination (cf. [art. 2](#) en particulier).

ENCADRÉ 7

Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et l'Union européenne ainsi que ses États membres, art. 2

Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité.

Le développement des relations internationales justifie aussi d'admettre largement la titularité de la liberté économique. Or tel n'est que partiellement le cas. Les ressortissants d'un pays de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange peuvent se

- **États-Unis** : WINSTON, A. M. : [Ratification of international treaties, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2020, VIII and 44 pp., reference PE 652.013 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2019, VI et 61 pp., référence PE 637.963 ;
- **Italie** : CAFARO, S. : [La ratifica dei trattati internazionali, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2018, VIII e 42 pp., referenza PE 625.128 ;
- **Maroc** : BERRAMDANE, A. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Maroc](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), décembre 2018, VIII et 52 pp., référence PE 630.337 ;
- **Portugal** : SALVAÇÃO BARRETO, P. : [A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado - Portugal](#), Unidade Biblioteca de Direito Comparado, Serviços de Estudos do Parlamento Europeu (EPRS), novembro 2018, VIII e 33 pp., referência PE 630.294 .

⁵¹ [Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité](#) (RS 0.946.526.81).

⁵² Voir notamment UHLMANN, F. : « Art. 27 », in WALDMANN, B., BELSER, E. M. et EPINEY, A. (édit.) : *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015, lix et 2953 pp. (p. 571, n° 82).

prévaloir de la liberté économique⁵³. L'interprétation de l'[art. 27 Cst.](#) est influencée par l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité qui se trouve au cœur de l'ALCP ([art. 2](#)) et de la [Convention AELE](#). Les ressortissants d'un État tiers ayant obtenu une autorisation d'établissement en Suisse (permis C) bénéficient aussi de la liberté économique⁵⁴. La liberté économique est enfin garantie aux ressortissants d'un État tiers qui disposent d'une autorisation de séjour (permis B) et qui ont droit au renouvellement de celle-ci⁵⁵. En revanche, les autres ressortissants d'États tiers ne sont en principe pas considérés, par le Tribunal fédéral, comme étant titulaires de la liberté économique. Cette limitation ne saurait s'appuyer ni sur le texte de l'[art. 27 Cst.](#) ni sur les débats parlementaires relatifs à la nouvelle Constitution fédérale⁵⁶. Cette jurisprudence est, à juste titre, jugée trop restrictive ou problématique par une partie importante de la doctrine⁵⁷. L'extension de la titularité de la liberté économique à l'ensemble des personnes physiques étrangères autorisées à séjourner en Suisse, même temporairement, ou à y exercer une activité économique lucrative privée se justifie essentiellement pour des considérations tirées des droits fondamentaux eux-mêmes, lesquels doivent être garantis sans considération de nationalité, sous réserve de dispositions constitutionnelles prévoyant un autre régime (cf. [art. 24 et 25 Cst.](#)).

Les personnes morales de droit privé régies par le droit suisse sont titulaires de la liberté économique. Il en va de même, selon nous, des personnes morales de droit public pour autant qu'elles agissent comme des particuliers et jouissent, dans leur action, d'une autonomie significative par rapport à l'État⁵⁸. Selon le Tribunal fédéral, les personnes morales régies par un droit étranger ne peuvent, quant à elles, se prévaloir de la liberté économique que lorsqu'elles ont le droit d'exercer une activité économique en Suisse en vertu d'un traité international⁵⁹. L'actionnariat ne semble en revanche pas décisif aux yeux des Juges fédéraux. Ainsi, une filiale suisse d'un groupe étranger est protégée par la liberté économique⁶⁰. La jurisprudence restrictive précitée est problématique et critiquable à plus d'un titre⁶¹. Aucun

⁵³ Voir notamment MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 503, n° 1018) ; HÄNNI P. et STÖCKLI A. : *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne, Stämpfli, 2013, xlii et 682 pp. (p. 13, n° 58).

⁵⁴ Voir BO CE 1998 44 (MARTY D., rapporteur).

⁵⁵ [ATF 125 I 182](#), c. 5a ; [ATF 123 I 19](#), c. 2. En doctrine, voir notamment UHLMANN, préc., note 52 (pp. 549-550, n° 29).

⁵⁶ Voir spécialement BO CE 1998 44 (MARTY D., rapporteur : « Comme elle est formulée, la disposition permet un développement ultérieur de la jurisprudence, par exemple l'éventuelle extension à notre pays du principe de la libre circulation. »).

⁵⁷ Voir notamment HOFMANN, D. : *La liberté économique suisse face au droit européen*, Berne, Stämpfli, 2005, xxx et 563 pp. (pp. 53-55 et les références) ; VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (pp. 121-122, n°s 15-16) ; VALLENDER, préc., note 42, pp. 565-566) ; MARTENET, préc., note 43 (pp. 980-981) et préc., note 1 (p. 794, n°s 26-27) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 503, n° 1017) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (p. 182). D'un avis différent, GRISEL, préc., note 1 (p. 183, n° 420, qui estime qu'« il n'appartient pas au juge d'élargir de sa propre autorité la titularité de la liberté économique »). Selon nous, il incombe surtout au juge de ne pas la restreindre de sa propre autorité.

⁵⁸ MARTENET, préc., note 1 (p. 795, n° 31). Comp. [ATF 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 MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (pp. 1066-1067) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 323, n° 21 ad Art. 27) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1040-1041, n° 54) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 188-189). Ces auteurs ne mentionnent généralement pas le critère de l'autonomie par rapport à l'État.

⁵⁹ [ATF 131 I 223](#), c. 1.1, concernant la libre prestation de service dans le cadre de l'ALCP (le TF paraît même limiter la portée de la liberté économique aux droits consacrés par cet Accord).

⁶⁰ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (p. 193, n° 454).

⁶¹ En faveur d'une extension de la titularité de la liberté économique, HOFMANN, préc., note 57 (p. 55) ; VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 123, n° 18) ; VALLENDER, préc., note 42, pp. 566-567, cf. spécialement la note 142 *in fine*) ; MARTENET, préc., note 43 (pp. 980-981) et préc., note 1 (p. 795, n°s 32-33) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 505, n° 1020) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 182-183). Pour une approche différente, voir GRISEL, préc., note 1 (p. 193, n° 454).

argument convaincant ne justifie la limite posée par le Tribunal fédéral. Or il incombe aux autorités de justifier avec des arguments très forts les restrictions à la titularité d'un droit fondamental non prévues par la Constitution fédérale elle-même. Il est préférable de reconnaître une titularité large et d'évaluer les conditions restrictives frappant des personnes morales de droit étranger à l'aune des conditions de [l'art. 36 Cst.](#)

Enfin, dans l'optique des entreprises, l'[ALCP](#) ne prévoit certes pas la réalisation complète de la libre circulation des services telle qu'elle existe dans l'Union européenne. Toutefois, l'ALCP permet notamment le détachement de travailleurs d'une entreprise domiciliée dans l'un des États membres de l'UE/AELE en vue de fournir une prestation de services temporaire en Suisse⁶². La possibilité de fournir des prestations de services transfrontalières contribue à façonner les contours effectifs de la liberté d'entreprise en Suisse pour des entreprises provenant de l'Union européenne ou de l'AELE.

⁶² Voir *infra* IV.8.7.1.2.

II. Dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles

La liberté économique est régie par des dispositions constitutionnelles ; elle est mise en œuvre ou relayée par des dispositions infra-constitutionnelles. Elle inclut la liberté d'entreprise, étant rappelé que cette dernière n'est garantie expressément ni dans la Constitution fédérale de la Confédération ni dans le reste du droit fédéral. De plus, la liberté d'entreprise n'est garantie par aucune constitution des vingt-six cantons suisses. Enfin, le Tribunal fédéral ne l'a pas non plus consacrée par voie jurisprudentielle. Plusieurs dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles permettent néanmoins de considérer que la liberté d'entreprise est bel et bien garantie en Suisse.

II.1. Dispositions au niveau constitutionnel

La liberté économique, qui englobe la liberté d'entreprise, est garantie par la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999. D'autres dispositions constitutionnelles fédérales contribuent à fixer les contours de la liberté d'entreprise. En revanche, le droit constitutionnel cantonal présente un intérêt réduit en la matière.

II.1.1. Niveau fédéral

La liberté économique correspond, dans une large mesure, à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la Constitution fédérale du 19 mai 1874. Elle interagit avec d'autres dispositions de la Constitution fédérale, en particulier avec celles de la section intitulée « Économie » ([art. 94 à 107 Cst.](#)), et des normes internationales. Elle remplit diverses fonctions et, comme nous venons de le voir, bénéficie à diverses catégories de justiciables⁶³.

En vertu de l'[art. 27 al. 2 Cst.](#), la liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. De cet article, on déduit, en outre, notamment la liberté contractuelle⁶⁴ ainsi que, si certaines conditions sont réunies, un droit d'utiliser le domaine public⁶⁵. Enfin, quelques autres aspects de l'exercice d'une activité économique privée découlent également de la liberté économique. En d'autres termes, les composantes de la liberté d'entreprise telle qu'elle est notamment garantie par l'[art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) peuvent être rattachées, en Suisse, à l'[art. 27 Cst.](#) Il sera encore précisé que la liberté économique n'est pas garantie de manière absolue, mais peut être restreinte selon les conditions de l'art. 36 Cst.

ENCADRÉ 8

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 27 et 36

Art. 27 – Liberté économique

¹ La liberté économique est garantie.

⁶³ Voir *supra* I.2.3. Pour une présentation complète et nuancée, voir spécialement WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 179-191 et les nombreuses références) voir également MARTENET, préc., note 1 (pp. 793-796, n^{os} 20-34).

⁶⁴ [ATF 146 I 70](#), c. 6.1 ; [ATF 143 I 395](#), c. 4.1 ; [ATF 131 I 223](#), c. 4.1. En doctrine, voir notamment MARTENET, préc., note 1 (p. 801, n^{os} 55-57 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 143-145).

⁶⁵ Voir *infra* IV.8.13.1.1.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

Art. 36 – Restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

L'[art. 27 Cst.](#) entretient de nombreux liens avec les dispositions de la Constitution fédérale relatives à l'« Économie » ([arts. 94 à 107 Cst.](#)), si bien que l'on parle de « *constitution économique* »⁶⁶. La liberté économique est érigée à la fois en droit fondamental ([art. 27 Cst.](#)) et en principe de l'ordre économique ([art. 94 Cst.](#)).

ENCADRÉ 9

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 94

Art. 94 – Principes de l'ordre économique

¹ La Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique.

² Ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population.

³ Dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée.

⁴ Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

La liberté économique se rapporte aux activités économiques lucratives privées et est ainsi étroitement liée à l'[art. 95 Cst.](#) (« Activité économique lucrative privée »). Elle contribue à supprimer ou, du moins, à abaisser les barrières existant entre les cantons ou les communes et interagit de ce point de vue avec l'art. 95 al. 2 Cst., qui charge la Confédération de veiller à créer un « *espace économique suisse unique* ». Pour sa part, l'[art 95 al. 3 Cst.](#), qui a pour origine une initiative populaire, vise directement l'organisation des sociétés anonymes suisses cotées en Suisse ou à l'étranger et encadre ou limite une partie importante de la politique de rémunération et donc la liberté d'entreprise de telles sociétés.

⁶⁶ Sur cette notion, voir notamment GYGI, F. : « Die schweizerische Wirtschaftsverfassung », *RDS* 1970 II, pp. 265-389 (p. 309) ; JUNOD, C.-A. : « Problèmes actuels de la constitution économique suisse », *RDS* 1970 II, pp. 591-820 (p. 605) ; RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 58, n^{os} 28-29) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (pp. 480-481, n^o 962-965) ; VALLENDER, K. A. et HETTICH, P. : « Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung », in EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (p. 2702-2704, n^o 1-5) ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1503, n^{os} 1-2) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 831, n^o 2 ad Art. 94).

ENCADRÉ 10

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 95**Art. 95 – Activité économique lucrative privée**

¹ La Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

² Elle veille à créer un espace économique suisse unique. Elle garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse.

³ En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants :

- a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire ;
- b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale ;
- c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction ;
- d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

En garantissant l'égalité de traitement entre concurrents économiques, la liberté économique tend au respect, par l'État, de la neutralité en matière de concurrence – principe que l'on rattache généralement à l'[art. 94 Cst.](#) – et à la lutte contre les distorsions de la concurrence. Aussi remplit-elle un rôle se rapportant à la politique en matière de concurrence ([art. 96 Cst.](#)).

ENCADRÉ 11

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 96**Art. 96 – Politique en matière de concurrence**

¹ La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence.

² Elle prend des mesures :

- a. afin d'empêcher la fixation de prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché ;
- b. afin de lutter contre la concurrence déloyale.

La « constitution économique » de la Suisse regrouperait les articles de la Constitution fédérale se rapportant à l'économie. Des liens importants les unissent en effet et, ensemble, ils montrent en quoi consistent les principes de l'ordre économique et les aménagements, voire les dérogations, auxquels ils donnent lieu ou dont ils sont susceptibles. Ainsi, les [art. 27](#) et [94](#)

à [96 Cst.](#) sont étroitement liés⁶⁷. Des dérogations au principe de la liberté économique, annoncées à l'[art. 94 al. 4 Cst.](#), sont expressément permises par les [art. 100 à 104 Cst.](#)

ENCADRÉ 12

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 100-104**Art. 100 Politique conjoncturelle**

1 La Confédération prend des mesures afin d'assurer une évolution régulière de la conjoncture et, en particulier, de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement.

2 Elle prend en considération le développement économique propre à chaque région. Elle collabore avec les cantons et les milieux économiques.

3 Dans les domaines du crédit et de la monnaie, du commerce extérieur et des finances publiques, elle peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique.

4 La Confédération, les cantons et les communes fixent leur politique budgétaire en prenant en considération la situation conjoncturelle.

5 Afin de stabiliser la conjoncture, la Confédération peut temporairement prélever des suppléments ou accorder des rabais sur les impôts et les taxes relevant du droit fédéral. Les fonds prélevés doivent être gelés; lorsque la mesure est levée, les impôts et taxes directs sont remboursés individuellement, et les impôts et taxes indirects, affectés à l'octroi de rabais ou à la création d'emplois.

6 La Confédération peut obliger les entreprises à créer des réserves de crise; à cette fin, elle accorde des allègements fiscaux et peut obliger les cantons à en accorder aussi. Lorsque les réserves sont libérées, les entreprises décident librement de leur emploi dans les limites des affectations prévues par la loi.

Art. 101 Politique économique extérieure

1 La Confédération veille à la sauvegarde des intérêts de l'économie suisse à l'étranger.

2 Dans des cas particuliers, elle peut prendre des mesures afin de protéger l'économie suisse. Elle peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique.

Art. 102 Approvisionnement du pays

1 La Confédération assure l'approvisionnement du pays en biens et services de première nécessité afin de pouvoir faire face à une menace de guerre, à une autre manifestation de force ou à une grave pénurie à laquelle l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens. Elle prend des mesures préventives.

2 Elle peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique.

Art. 103 Politique structurelle

La Confédération peut soutenir les régions économiquement menacées et promouvoir des branches économiques et des professions si les mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger d'elles ne suffisent pas à assurer leur existence. Elle peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique.

Art. 104 Agriculture

1 La Confédération veille à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement:

- a. à la sécurité de l'approvisionnement de la population;
- b. à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural;
- c. à l'occupation décentralisée du territoire.

⁶⁷ Voir notamment [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.1.

2 En complément des mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger de l'agriculture et en dérogeant, au besoin, au principe de la liberté économique, la Confédération encourage les exploitations paysannes cultivant le sol.

3 Elle conçoit les mesures de sorte que l'agriculture réponde à ses multiples fonctions. Ses compétences et ses tâches sont notamment les suivantes:

- a. elle complète le revenu paysan par des paiements directs aux fins de rémunérer équitablement les prestations fournies, à condition que l'exploitant apporte la preuve qu'il satisfait à des exigences de caractère écologique;
- b. elle encourage, au moyen de mesures incitatives présentant un intérêt économique, les formes d'exploitation particulièrement en accord avec la nature et respectueuses de l'environnement et des animaux;
- c. elle légifère sur la déclaration de la provenance, de la qualité, des méthodes de production et des procédés de transformation des denrées alimentaires;
- d. elle protège l'environnement contre les atteintes liées à l'utilisation abusive d'engrais, de produits chimiques et d'autres matières auxiliaires;
- e. elle peut encourager la recherche, la vulgarisation et la formation agricoles et octroyer des aides à l'investissement;
- f. elle peut légiférer sur la consolidation de la propriété foncière rurale.

4 Elle engage à ces fins des crédits agricoles à affectation spéciale ainsi que des ressources générales de la Confédération.

Ces dispositions constitutionnelles et la législation fédérale qui en découle contribuer à délimiter les contours de la liberté d'entreprise en Suisse. Toute la Constitution fédérale est pertinente à cet égard, puisqu'elle forme un ensemble interagissant⁶⁸ et ouvert⁶⁹. Toute démarche consistant à identifier ou isoler une « constitution économique » en son sein entre en tension, voire en conflit avec cette idée⁷⁰. La Constitution fédérale n'est pas une addition de plusieurs « constitutions »⁷¹. De nombreux articles constitutionnels ont en réalité une portée économique, ne serait-ce que les [art. 122](#) (Droit civil) et [123](#) (Droit pénal) Cst. et influent, avec la législation qui en résulte, sur la liberté d'entreprise.

⁶⁸ Voir déjà GYGI, préc., note 66 (p. 309).

⁶⁹ Sur cette ouverture, voir, à propos du droit constitutionnel relatif à l'économie, [Message Cst.](#), FF 1997 I 293.

⁷⁰ Voir spécialement MARTENET, préc., note 48 (pp. 2063-2065) ainsi que « Art. 94 », in MARTENET V. et DUBEY J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (pp. 1989-1990, n^{os} 11-17).

⁷¹ Voir BO CN 1998 964 (ENGLER, R.) : « *Hinzu kommt – das möchte ich noch einmal unterstreichen –, dass die Wirtschaftsverfassung ein Teil der gesamten Verfassung ist und auch als solcher in die Sozialrechte, in die Staatsziele, die wir festschreiben, eingebettet ist. Sie ist deshalb harmonisch – auf das Ganze bezogen – auszulegen. Dies scheint mir wichtig.* ». Comp. en outre BIAGGINI, G. : « Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen », *ZBl* 1996, pp. 49–82 (p. 53), qui considère que la question de la délimitation de la « constitution économique » par rapport à d'autres « constitutions » (*Bereichsverfassungen*) est « purement académique ».

ENCADRÉ 13

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, arts. 122 et 123**Art. 122 Droit civil**

1 La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

2 L'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

Art. 123 Droit pénal

1 La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

2 L'organisation judiciaire et l'administration de la justice ainsi que l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

3 La Confédération peut légiférer sur l'exécution des peines et des mesures. Elle peut octroyer aux cantons des contributions:

- a. pour la construction d'établissements;
- b. pour l'amélioration de l'exécution des peines et des mesures;
- c. pour le soutien des institutions où sont exécutées les mesures éducatives destinées aux enfants, aux adolescents ou aux jeunes adultes.

D'ailleurs, des lois fédérales mettant en œuvre la « constitution économique » se fondent aussi sur l'un ou l'autre de ces deux articles. On pense, par exemple, à la [loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale](#)⁷², à celle – déjà citée – du [6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence](#), celle du [20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix](#)⁷³ ou encore celle du [8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne](#)⁷⁴.

De surcroît, la compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères ([art. 54 Cst.](#)) revêt une grande importance sur le plan économique, si bien que son utilisation est susceptible d'influer sur l'activité entrepreneuriale en Suisse et donc sur la liberté d'entreprise. D'ailleurs, plusieurs lois de la neuvième partie du recueil systématique du droit fédéral (Économie – Coopération technique) se réfèrent, dans leur préambule, à cet article ou à des accords internationaux déterminés. La [loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats](#)⁷⁵, celle du [22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales](#)⁷⁶ ou encore celle – déjà citée – du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce illustrent bien ce point.

ENCADRÉ 14

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 54**Art. 54 Affaires étrangères**

1 Les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération.

⁷² LCD ; RS 241.

⁷³ LSPr ; RS 942.20.

⁷⁴ Loi sur les banques, LB ; RS 952.0.

⁷⁵ Loi sur les avocats, LLCA ; RS 935.61.

⁷⁶ Loi sur les embargos, LEmb ; RS 946.231.

2 La Confédération s'attache à préserver l'indépendance et la prospérité de la Suisse; elle contribue notamment à soulager les populations dans le besoin et à lutter contre la pauvreté ainsi qu'à promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles.

3 Elle tient compte des compétences des cantons et sauvegarde leurs intérêts.

II.1.2. Niveau cantonal

Les cantons sont également obligés de se conformer, entre autres, aux art. [27](#) et [94](#) Cst. Ils conservent des compétences notamment en matière de « police du commerce »⁷⁷ ou de « promotion économique ». Dans ces domaines comme dans d'autres, les autorités cantonales sont tenues de respecter les principes constitutionnels de l'ordre économique.

L'[art. 51 Cst.](#) établit un lien juridique entre la Constitution fédérale et les constitutions cantonales, étant précisé que d'autres dispositions de celle-là influent sur celles-ci. Chacun des vingt-six cantons est ainsi tenu d'adopter une constitution (art. 51 al. 1, 1^{re} phrase, Cst.), si bien que la Suisse compte en réalité vingt-sept constitutions. L'obligation de respecter le droit fédéral (art. 51 al. 2 *in fine* Cst.) signifie que la Constitution fédérale prime les normes constitutionnelles cantonales qui lui sont contraires.

ENCADRÉ 15

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 51

Art. 51 Constitutions cantonales

1 Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande.

2 Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

Ceci résulte d'ailleurs aussi de l'[art. 49 al. 1 Cst.](#) Chaque constitution cantonale ainsi que toutes les révisions dont elle fait l'objet doivent obtenir la garantie fédérale, accordée par l'Assemblée fédérale (art. 172 al. 2 Cst.). Cette procédure permet notamment de veiller au respect de la primauté de la Constitution fédérale. Sur le plan économique, cela signifie notamment que les constitutions cantonales doivent respecter la liberté économique et, au sein de celle-ci, la liberté d'entreprise.

ENCADRÉ 16

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 49

Art. 49 Primauté et respect du droit fédéral

1 Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire.

(...)

II.1.2.1. Constitutions cantonales calquées sur la Constitution fédérale

Les constitutions cantonales ne garantissent pas la liberté d'entreprise en tant que telle. En revanche, bon nombre d'entre elles garantissent la liberté économique et, en règle générale, reprennent le contenu de l'[art. 27 de la Constitution fédérale](#), parfois avec des petites variations.

⁷⁷ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 247, n° 18).

ENCADRÉ 17

Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, art. 26

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

ENCADRÉ 18

Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, art. 26

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

ENCADRÉ 19

Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 35

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice.

Lorsque les garanties cantonales coïncident avec les garanties fédérales ou internationales, les premières sont en principe censées ne pas avoir de portée propre, selon la formule traditionnelle du Tribunal fédéral⁷⁸. Cette jurisprudence s'applique notamment à la liberté économique. Une telle approche ne s'avère pourtant admissible que si les différents critères d'interprétation des unes et des autres conduisent à un résultat identique et si les unes sont invoquées en concours avec les autres⁷⁹. Au reste, il ne saurait être question de nullité des droits fondamentaux cantonaux puisque ces derniers n'entrent pas en conflit avec les garanties fédérales et relèvent d'un domaine dans lequel les cantons demeurent compétents, à savoir celui de se doter d'une « constitution démocratique » (cf. [art. 51 al. 1 Cst.](#)), laquelle peut parfaitement garantir des droits fondamentaux⁸⁰ tels que la liberté économique ou, plus spécifiquement, la liberté d'entreprise.

Enfin, certaines constitutions cantonales contiennent peu d'articles consacrés aux droits fondamentaux, car les cantons concernés ont estimé que les garanties fédérales et internationales suffisaient. La liberté économique n'est ainsi pas même mentionnée dans la [Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005](#), lequel occupe pourtant une place centrale sur le plan économique en Suisse ! La Constitution de la République et Canton du Tessin du 14 décembre 1997 garantit simplement « l'activité économique dans les limites de

⁷⁸ [ATF 147 I 183](#), c. 8.1 *a contrario* et les références ; [ATF 108 Ia 155](#), c. 3a et la jurisprudence citée. En doctrine, voir notamment RUCH, A. et ERRASS, C. : « Art. 49 », in EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (pp. 1745-1746, n° 34).

⁷⁹ Sur cette problématique, voir MARTENET, V. : *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, Genève et Munich, Helbing Lichtenhahn, 1999, xxxiii et 566 pp. (pp. 420-422). Dans le même sens, TSCHANNEN P. : *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2021, liv et 756 pp. (pp. 325-326, n° 26).

⁸⁰ Voir notamment WALDMANN, B. : « Art. 49 », in WALDMANN, B., BELSER, E. M. et EPINEY, A. (édit.) : *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015, lix et 2953 pp. (pp. 938 et 943, nos 13 et 29) ; MARTENET, V. : « Art. 49 », in MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 1292, n° 30).

l'intérêt général » (art. 8 al. 2 let. i). La Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007 indique de manière très concise que « [l]es droits fondamentaux sont garantis dans les limites de la Constitution fédérale » (§ 10 al. 2). La Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005 renvoie, quant à elle, à la Constitution fédérale et aux instruments internationaux auxquels la Suisse est partie, laquelle ou lesquels garantissent notamment « le droit de choisir et d'exercer librement une profession et le droit de mener librement une activité lucrative » (§ 11 al. 1 let. s).

II.1.2.2. Constitutions cantonales présentant des traits d'originalité

D'autres constitutions cantonales présentent quelques traits d'originalité s'agissant de la liberté économique. La Constitution du canton de Berne peut être citée dans ce contexte, notamment par ce qu'elle garantit expressément la liberté contractuelle. Celle-ci découle cependant de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#))⁸¹, si bien que cette innovation n'est qu'apparente en réalité.

ENCADRÉ 20

Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, art. 23

¹ *Le libre choix de la profession et de l'emploi, la libre activité économique ainsi que les droits d'association professionnelle et de groupement syndical sont garantis.*

² *La liberté contractuelle est, en tant qu'institution, intangible.*

II.1.2.3. Constitutions cantonales énonçant des principes de l'ordre économique

Enfin, les constitutions de quelques cantons énoncent des principes de l'ordre économique et entretiennent ainsi des liens avec l'[art. 94 de la Constitution fédérale](#). À l'instar de cette disposition constitutionnelle fédérale, les dispositions constitutionnelles cantonales contribuent à définir les contours effectifs de la liberté d'entreprise en Suisse. L'[art. 107 de la Constitution zurichoise](#) est digne d'intérêt à cet égard, même si sa densité normative est relativement faible. Il convient de noter que cette disposition constitutionnelle cantonale se réfère expressément aux entreprises, plus exactement aux petites et moyennes d'entre elles.

ENCADRÉ 21

Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005, art. 107 (traduction)

¹ *L'État et les communes créent des conditions de base favorables à la diversité et à la compétitivité de l'économie ainsi qu'à son orientation sociale et libérale. Ils prennent particulièrement en compte les besoins des petites et moyennes entreprises et des partenaires sociaux.*

² *En collaboration avec des particuliers ou des organismes privés, ils encouragent les mesures qui permettent de concilier une activité professionnelle avec une tâche d'encadrement.*

³ *Ils créent des conditions de base favorisant la diversité de l'offre d'emplois et de places d'apprentissage.*

L'[art. 185 de la Constitution genevoise](#) doit aussi être mentionné dans ce contexte, puisqu'il donne plusieurs mandats en matière économique à l'État. Il montre, lui aussi, que la liberté d'entreprise va de pair avec une attitude active – et non pas purement passive – de l'État.

⁸¹ [ATF 146 I 70](#), c. 6.1 ; [ATF 143 I 395](#), c. 4.1 ; [ATF 131 I 223](#), c. 4.1. En doctrine, voir notamment MARTENET, préc., note 1 (p. 801, n^{os} 55-57 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 143-145).

ENCADRÉ 22

Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 185

¹ *L'État crée un environnement favorable à une économie libre, responsable, diversifiée et solidaire.*

² *Il vise le plein emploi.*

³ *Il encourage la création et le maintien d'entreprises innovantes, dynamiques, génératrices d'emplois et de richesses, orientées sur le long terme et selon les besoins de la région.*

II.2. Dispositions infra-constitutionnelles régissant la liberté d'entreprise

L'[art. 35 Cst.](#) exige que les droits fondamentaux soient réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1). Il met ainsi en évidence le caractère transversal des droits fondamentaux et montre que l'ordre juridique est traversé par des règles communes. En somme, les droits fondamentaux influent sur l'ensemble des domaines du droit⁸².

ENCADRÉ 23

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 35**Art. 35 Réalisation des droits fondamentaux**

1 Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

2 Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

La réalisation dans l'ensemble de l'ordre juridique se rapporte tant à l'adoption de règles de droit qu'à l'interprétation et à l'application de celles-ci. L'[art. 35 Cst.](#) n'attribue cependant aucune compétence à la Confédération. Aussi celle-ci, les cantons et les communes doivent-ils utiliser toutes leurs compétences de façon à contribuer à la réalisation des droits fondamentaux, lesquels sont ainsi mis en œuvre par le droit ordinaire, qu'il soit fédéral, intercantonal, cantonal, intercommunal ou communal. Ces remarques s'appliquent, entre autres, à la liberté économique dont découle la liberté d'entreprise.

II.2.1. Niveau fédéral

La Confédération est tenue de respecter les principes de l'ordre économique. Toutes les autorités fédérales sont concernées, étant cependant précisé qu'aucun de ces principes n'est absolu⁸³. L'[art. 94 Cst.](#) sert de fondement à peu de lois fédérales. En effet, la législation fédérale repose sur les articles qui le suivent.

Le préambule de la [loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur](#) mentionne néanmoins l'[art. 94 Cst.](#) en sus de l'[art. 95 Cst.](#), lequel est toutefois plus étroitement lié à cette loi. La loi fédérale de la même date sur les entraves techniques au commerce demeure aujourd'hui celle qui entretient les liens les plus forts avec l'[art. 94 Cst.](#), son préambule se référant d'ailleurs à l'[art. 31^{bis} al. 1 et 2 aCst.](#) En examinant les différentes lois fédérales qui

⁸² Voir notamment KIENER, KÄLIN et WYTENBACH, préc., note 32 (p. 41, n^{os} 43-44).

⁸³ Voir notamment BO CE 1998 240 (KOLLER, A., conseiller fédéral), à propos de la concurrence.

mettent en œuvre la liberté économique et la liberté d'entreprise, il est possible de les classer en quelques catégories législatives.

II.2.1.1. Les lois fédérales transversales

Au niveau de la Confédération, diverses lois fédérales ne se rapportant pas à des activités déterminées contribuent à la mise en œuvre de la liberté économique. Le [Code des obligations](#), notamment en consacrant la liberté contractuelle (art. 1 et 19 CO)⁸⁴, les lois fédérales du 6 octobre 1995 sur [les cartels et autres restrictions à la concurrence](#), sur [le marché intérieur](#), et sur [les entraves techniques au commerce](#), ainsi que [la loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics](#)⁸⁵ viennent spécialement à l'esprit à cet égard.

Ces lois préservent, de diverses manières, la liberté en matière de concurrence, l'égalité entre concurrents ou encore la libre circulation des personnes, des services et des biens dans une perspective économique. Elles contribuent, de manière complémentaire, à la réalisation de la liberté économique et donc de la liberté d'entreprise en Suisse.

La [loi sur le marché intérieur](#) (LMI) fournit une illustration particulièrement pertinente dans ce contexte. Elle garantit notamment, à certaines conditions et dans certaines limites, le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail ainsi que la liberté d'établissement sur tout le territoire suisse ([art. 2 al. 1 et 4 LMI](#)).

ENCADRÉ 24

Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, arts. 1-3

Art. 1 – But et objet

¹ La présente loi garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse.

² Elle vise en particulier à :

- a. faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse ;
- b. soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché ;
- c. accroître la compétitivité de l'économie suisse ;
- d. renforcer la cohésion économique de la Suisse.

³ Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain.

Art. 2 – Liberté d'accès au marché

¹ Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.

² La Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent les droits conférés par l'al. 1.

³ L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement. Toute marchandise dont la mise en

⁸⁴ Voir notamment MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (pp. 490-491, n° 988-992) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 460, n° 2768-2770).

⁸⁵ LMP ; RS 172.056.1.

circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse.

⁴ Toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3. Il en va de même en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement. Il incombe aux autorités du lieu de destination de contrôler le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement.

⁵ L'application des principes indiqués ci-dessus se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché.

⁶ Lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. L'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit a qualité pour recourir. Elle peut exiger de l'autorité cantonale que la décision lui soit communiquée.

⁷ La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

Art. 3 – Restrictions à la liberté d'accès au marché

¹ La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;
- c. répondent au principe de la proportionnalité.

² Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque :

- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants ;
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ;
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

³ Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

⁴ Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

II.2.1.2. Les lois fédérales relevant du droit public sectoriel

Plusieurs lois fédérales relevant du droit public sectoriel tendent à la mise en place d'un régime de concurrence efficace. Ce faisant, elles ouvrent, dans une mesure certes limitée, l'accès au marché. Il en va notamment ainsi de la [loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne](#)⁸⁶, de celle [du 30 avril 1997 sur les télécommunications](#)⁸⁷, de celle [24 mars 2006 sur la radio et la télévision](#)⁸⁸, de celle [du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en](#)

⁸⁶ LB ; RS 952.0.

⁸⁷ LTC ; RS 784.10.

⁸⁸ LRTV ; RS 784.40.

[électricité](#)⁸⁹, de celle du 17 décembre 2010 sur la poste⁹⁰ ou encore de celle du 15 juin 2018 sur les services financiers⁹¹. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive.

Ces lois contribuent à définir les contours de la liberté d'entreprise dans le secteur concerné. Certes, elles ont surtout pour fonction d'encadrer les activités relatives au secteur économique concerné. Toutefois, elles contribuent aussi à permettre l'exercice de celles-ci dans des conditions prédéfinies et valables pour les différents concurrents. Ce faisant, elles garantissent l'effectivité de la liberté d'entreprise. La [loi fédérale précitée sur les services financiers](#) fournit une illustration relativement récente en la matière.

ENCADRÉ 25

Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers, art. 1 – But et objet

¹ *La présente loi a pour but de protéger les clients des prestataires de services financiers ainsi que de fixer des conditions comparables pour la fourniture des services financiers offerts par les différents prestataires, et de contribuer ainsi à renforcer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse.*

² *Elle fixe à cet effet les exigences régissant la fourniture fidèle, diligente et transparente de services financiers et règle l'offre d'instruments financiers.*

II.2.1.3. Les lois fédérales visant des activités ou professions déterminées

Enfin, plusieurs lois fédérales visent des activités économiques ou professions déterminées. La [loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats](#)⁹² (LLCA) et celle du [23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires](#)⁹³ représentent de bons exemples sur ce point.

II.2.1.3.1. La libre circulation des avocats

La loi fédérale sur la libre circulation des avocats pose le principe de la libre circulation, en Suisse, des avocats inscrits à un registre cantonal ([art. 4 LLCA](#)). En d'autres termes, cette disposition législative garantit expressément un aspect de la liberté d'entreprise aux avocats ou avocates en Suisse, la profession d'avocat pouvant d'ailleurs être exercée dans le cadre d'une société commerciale⁹⁴. En outre, cette loi confère des droits aux avocats ressortissants des États membres de l'Union européenne, de l'Association européenne de libre-échange et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

ENCADRÉ 26

Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, art. 1, 2 et 4**Art. 1 – Objet**

La présente loi garantit la libre circulation des avocats et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse.

Art. 2 – Champ d'application personnel

¹ *La présente loi s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse.*

⁸⁹ LApEI ; RS 734.7.

⁹⁰ LPO ; RS 783.0.

⁹¹ LSFIn ; RS 950.1.

⁹² Loi sur les avocats (LLCA) ; RS 935.61.

⁹³ Loi sur les professions médicales (LPMéd) ; RS 811.11.

⁹⁴ [ATF 138 II 440](#), c. 16 et 18, JdT 2013 I 135. Voir *infra* III.7.1.

² Elle détermine les modalités selon lesquelles les personnes suivantes peuvent pratiquer la représentation en justice :

- a. les avocats ressortissants des États membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ;
- b. les avocats ressortissants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auxquels s'applique la quatrième partie de l'Accord du 25 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la fin de l'applicabilité de l'Accord sur la libre circulation des personnes.

³ Ces modalités s'appliquent également aux ressortissants suisses habilités à exercer la profession d'avocat dans un État membre de l'UE ou de l'AELE sous un titre figurant en annexe.

⁴ Les dispositions concernant les avocats ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE sont applicables par analogie aux avocats ressortissants du Royaume-Uni visés à l'al. 2, let. b.

Art. 4 – Principe de la libre circulation entre les cantons

Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation.

II.2.1.3.2. La libre circulation des membres des professions médicales universitaires

Dans le même esprit, la loi fédérale sur les professions médicales universitaires « *garantit la libre circulation des membres des professions médicales universitaires sur tout le territoire suisse* » ([art. 1 al. 2 LPMéd](#)). Cette loi confère aussi des droits aux titulaires de qualifications professionnelles étrangères qui peuvent se prévaloir des dispositions pertinentes de l'[ALCP](#) ou de la [Convention AELE](#) (cf. [art. 35 al. 1 LPMéd](#)).

II.2.2. Niveau intercantonal ou cantonal

Si les compétences de la Confédération en matière économique sont étendues⁹⁵, elles ne signifient pas pour autant qu'aucune compétence cantonale ne subsiste dans ce domaine. Du reste, les [art. 94 à 107 Cst.](#) se réfèrent, à plusieurs reprises, aux cantons. La politique conjoncturelle, par exemple, est essentiellement menée par la Confédération, la collaboration avec les cantons étant toutefois indispensable (cf. [art. 100 al. 2, 4 et 6 Cst.](#))⁹⁶. Plus les mesures envisagées seront incisives, plus l'intensité de la collaboration sera élevée⁹⁷. Par ailleurs, dans leurs domaines de compétences, les cantons sont habilités à créer et utiliser des outils conjoncturels.

En réalité, les cantons conservent des compétences budgétaires et fiscales substantielles – la Suisse est l'un des États fédéraux les plus décentralisés sur le plan budgétaire et fiscal – et des compétences en matière de promotion économique ou de développements d'activités⁹⁸, par exemple dans le secteur du tourisme. Dépenses et impôts représentent deux leviers importants de la politique économique. Lorsqu'ils utilisent leurs compétences, les cantons sont également obligés de se conformer aux [art. 27](#) et 94 Cst. ainsi qu'à d'autres articles qui les

⁹⁵ Voir notamment MARTENET, préc., note 48 (pp. 2080-2082).

⁹⁶ Voir notamment HETTICH, P. : « Art. 100 », in EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (pp. 2809-2810, n^{os} 9-12).

⁹⁷ Voir notamment ARMINGEON K. et ENGLER S., « Structures politico-administratives de la politique économique », in LADNER, A., CHAPPELET, J.-L., EMERY, Y., KNOEPFEL, P., MADER, L., SOGUEL, N. et VARONE, F. (édit.) : *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, pp. 731-759 (p. 740).

⁹⁸ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (p. 124, n^o 255) ; MARTENET, préc., note 48 (pp. 2082-2083).

visent explicitement (cf. notamment art. 100 et 106 Cst.). Ils conservent des compétences importantes notamment en matière de « police du commerce »⁹⁹ ou de « promotion économique ». Dans ces domaines comme dans d'autres, les autorités cantonales sont tenues de respecter la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)), comprenant la liberté d'entreprise, et les principes constitutionnels de l'ordre économique. Tels qu'ils sont énumérés à l'[art. 94 Cst.](#), ceux-ci n'attribuent, au demeurant, aucune compétence spécifique à la Confédération.¹⁰⁰

L'accès à une activité, son exercice et la portée des autorisations délivrées par un canton sont parfois régis par une convention intercantonale. Dans une telle hypothèse, le droit intercantonal contribue à la réalisation de la liberté économique – dans sa dimension fédérative surtout – et donc de la liberté d'entreprise. Le concordat romand du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité illustre bien ce point. Berne, canton bilingue, n'est toutefois pas partie à ce concordat.

ENCADRÉ 27

Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité, art. 2 et 5

Art. 2 – Buts

¹ Le présent concordat a pour buts :

- a) de fixer des règles communes régissant l'activité des entreprises de sécurité et de leurs agents ;
- b) d'assurer la validité intercantonale des autorisations accordées par les cantons.

² L'article 5 est réservé.

Art. 5 – Extension

¹ Par extension, sont soumises au présent concordat les tâches de protection et de surveillance exercées, sous contrat de travail, par les employés engagés par un employeur (personne physique ou morale), dans les établissements publics et les commerces. La Commission concordataire précise les endroits concernés.

²

Dans une optique plus large, plusieurs conventions intercantionales tendent à l'ouverture des marchés cantonaux ou communaux. Il en va spécialement ainsi de l'[Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics](#). Cet accord permet, lui aussi, de définir, les termes fondamentaux de la concurrence dans la passation des marchés publics cantonaux ou communaux et contribue ainsi à l'effectivité de la liberté d'entreprise.

ENCADRÉ 28

Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics, art. 2 - But

Le présent accord vise les buts suivants :

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ;
- b. la transparence des procédures d'adjudication ;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires ;

⁹⁹ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 247, n° 18).

¹⁰⁰ AUBERT, J.-F. : « Art. 94 », in AUBERT, J.-F. et MAHON, P. : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2003, xxii et 1515 pp. (pp. 735-736, n° 9 et 13) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 107-108, n° 197), à propos de l'art. 94 al. 2 Cst. ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1503, n° 2) ; RHINOW, R., SCHEFER, M. et UEBERSAX, P. : *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, liii et 754 pp. (p. 614, n° 3241), à propos de l'art. 94 al. 3 Cst. ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 831, n° 2 ad Art. 94).

d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Plus généralement, le droit cantonal met en œuvre la liberté économique notamment lorsqu'il facilite l'accès à une activité économique lucrative privée ou lorsqu'il prévoit la reconnaissance de certificats, attestations ou titres délivrés par d'autres cantons. Au demeurant, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'une loi ou une ordonnance cantonale régissant une activité économique doit être interprétée et appliquée en tenant compte non seulement de la liberté économique elle-même, en tant que droit et principe, mais aussi de la loi fédérale sur le marché intérieur. La portée de celle-ci est en effet large puisqu'elle concerne les activités lucratives, c'est-à-dire les activités non régaliennes ayant pour but un gain ([art. 1 al. 1 et 3 LMI](#)). Cette dernière notion est encore plus large que celle d'activité économique lucrative privée apparaissant à l'[art. 27 al. 2 Cst.](#)¹⁰¹.

En vertu de l'[art. 94 al. 4 in fine Cst.](#), des dérogations cantonales ou communales au principe de la liberté économique ne sont par ailleurs admises que si elles sont fondées sur les « droits régaliens des cantons ». Cette dernière notion englobe les régales historiques des cantons, en particulier les régales des mines, du sel, de la chasse, de la pêche et de la force hydraulique¹⁰². Elle comprend cependant aussi d'autres monopoles potentiellement constitutifs de telles dérogations¹⁰³.

Examinant la constitutionnalité de monopoles cantonaux, le Tribunal fédéral détermine en définitive si ceux-ci reposent sur une base légale formelle, répondent à un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité¹⁰⁴. Il suit désormais cette approche également lorsqu'il est confronté à une clause du besoin cantonale¹⁰⁵. Cela revient à soumettre à un régime similaire les restrictions de la liberté économique et tout ou partie des dérogations au principe de celle-ci.

II.2.3. Niveau communal

Enfin, les remarques qui précèdent valent *mutatis mutandis* pour le droit communal. L'importance de celui-ci dépend du degré de décentralisation d'un canton. Selon les cantons,

¹⁰¹ Voir Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt du 21 août 2018, [WBE.2018.36](#), c. 3.4 (publié in ZBI 2019, pp. 573-582), qui se montre favorable – sans trancher toutefois définitivement la question – à une interprétation large et compatible avec l'ALCP du champ d'application de la LMI, notamment en vue d'éviter les discriminations à rebours.

¹⁰² Sur ce dernier point, voir [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.1, JdT 2016 I 120. En doctrine, voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 249-250, n° 22b) ; AUBERT, préc., note 100 (pp. 738-739, n° 20) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 432-436, n°s 1012-1025) ; REICH, J.: *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich et St-Gall, Dike, 2011, cii et 546 pp. (pp. 503-505, n°s 943-948) ; UHLMANN, préc., note 31 (pp. 1517-1518, n° 25) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 837, n° 15 ad Art. 94) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (p. 386, n° 72) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1149, n° 79) ; MARTENET, préc., note 70 (p. 2002, n° 63).

¹⁰³ [ATF 128 I 3](#), c. 3a, SJ 2002 I 519 ; BO CE 1998 238 s. (GEMPERLI P.), 239 (RHINOW R.) et 240 (KOLLER A., conseiller fédéral). En doctrine, voir notamment MARTENET, préc., note 70 (pp. 2002-2003, n° 65). Pour le surplus, voir *infra* IV.8.3.2.

¹⁰⁴ [ATF 132 I 282](#), c. 3.3 ; [ATF 128 I 3](#), c. 3b, SJ 2002 I 519. En doctrine, voir notamment AUBERT, préc., note 100 (p. 739, n° 20) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 436-442, n°s 1026-1041) ; REICH, préc., note 102 (pp. 477-479, n°s 894-895) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (pp. 26-34, n°s 88-102) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1151-1153, n° 83-89) ; UHLMANN, préc., note 52 (pp. 561-562, n°s 57-58) et préc., note 31 (p. 1518, n° 26), qui approuve la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (pp. 386-387, n° 74) ; comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 329, n° 31 ad Art. 27 et pp. 837-838, n° 16 ad Art. 94), qui se montre dubitatif. Opposé à cette approche, HOFMANN, préc., note 57 (pp. 143-144).

¹⁰⁵ [ATF 140 I 218](#), c. 6.5-6.7.

la réglementation relative à certaines activités économiques lucratives privées est communale. Elle doit bien évidemment être interprétée et appliquée dans le respect du droit qui lui est supérieur.

Dans un canton décentralisé comme le canton de Vaud, le droit économique relève aussi des communes. Ainsi, par exemple, la ville de Lausanne a édicté, le 8 mars 1994, un [règlement sur les procédés de réclame](#) et, le 13 juin 1967, un [règlement sur les heures d'ouverture et de fermeture des magasins](#).

III. La jurisprudence la plus pertinente en la matière

Le Tribunal fédéral a rendu un grand nombre d'arrêts sur la liberté du commerce et de l'industrie, puis sur la liberté économique. Tous ces arrêts ne concernent pas nécessairement la liberté d'entreprise en tant que telle. Du moment que le Tribunal fédéral n'utilise pas cette dernière notion, une sélection a été opérée. D'autres arrêts seront mentionnés dans la partie IV de la présente étude. L'accent est mis sur les arrêts rendus dès l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le 1^{er} janvier 2000. Quelques arrêts plus anciens sont aussi mentionnés s'ils restent pertinents et conservent une portée actuelle.

III.1. La libre prestation de services en Suisse ([ATF 125 I 474](#))

Le Tribunal fédéral a rendu de nombreux arrêts contribuant à garantir la libre prestation de services et la liberté professionnelle en Suisse. Cette jurisprudence est ancienne et s'appuyait déjà sur les [art. 31aCst.](#) et [5 DT aCst.](#) Un arrêt rendu peu avant l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 est particulièrement emblématique dans ce contexte.

En 1997, la société MediService SA a obtenu, dans le canton de Soleure, une autorisation d'exploiter une pharmacie traditionnelle ainsi qu'un service d'envoi postal de médicaments. Elle a ensuite mis sur pied un tel service à destination d'autres cantons, dont le canton de Vaud.

Se fondant sur un règlement interdisant notamment la vente de médicaments par correspondance, les autorités vaudoises ont interdit, en février 1998, à MediService SA de poursuivre ses activités dans le canton de Vaud. MediService SA a ensuite recouru au Tribunal fédéral en demandant à celui-ci d'annuler le règlement en question. Le Tribunal fédéral a admis partiellement le recours dans un arrêt rendu le 1^{er} octobre 1999.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que MediService SA pouvait se prévaloir de la loi sur le marché intérieur. Ainsi, l'art. 4 du règlement vaudois précité, qui n'autorisait l'envoi postal de médicaments que dans des cas particuliers, équivalait en fait à interdire l'envoi postal régulier de médicaments. Le Tribunal fédéral a ensuite fait le lien entre la loi sur le marché intérieur et la liberté du commerce et de l'industrie, en considérant que :

ENCADRÉ 29

[ATF 125 I 474, considérant 2d](#)

« (...) cette activité tombe dans le domaine d'application de la loi sur le marché intérieur (cf. art. 1 al. 1 et 3 LMI), dès lors que la liberté du commerce et de l'industrie protège en particulier la fabrication et la vente des médicaments, ainsi que l'activité du pharmacien qui exerce une profession libérale. »

Cette activité étant licite dans le canton de Soleure, elle pouvait en principe être exercée sur tout le territoire suisse, soit en particulier dans le canton de Vaud.

Il restait encore au Tribunal fédéral à déterminer si la liberté d'accès au marché avait été restreinte de manière admissible par les autorités du canton de Vaud. Il préconisa une application stricte du principe de la proportionnalité, en jugeant pour la première fois que :

ENCADRÉ 30

[ATF 125 I 474, considérant 3](#)

« (...) pour que la loi sur le marché intérieur puisse atteindre ses buts, le principe de la proportionnalité doit être appliqué strictement aux restrictions posées par un canton à l'égard d'offreurs externes respectant les réglementations en vigueur dans leur propre canton. »

Le Tribunal fédéral procéda ensuite à une analyse minutieuse du principe de la proportionnalité, en mettant dans la balance, d'un côté, l'intérêt privé à exercer une activité d'envoi direct de médicaments dans le canton de Vaud ainsi que l'intérêt public à la réalisation d'un marché intérieur unique et, de l'autre côté, l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain (c. 4). Il ajouta qu'il fallait aussi tenir compte de l'intérêt public à lutter contre les coûts de la santé, rappelant que celui-ci cédait le pas devant l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain. Le Tribunal fédéral parvint à la conclusion que le règlement vaudois interdisant à une pharmacie établie dans le canton de Soleure d'envoyer régulièrement des médicaments par la poste dans le canton de Vaud violait, au vu des conditions de sécurité imposées à cette pharmacie par le canton de Soleure, la liberté d'accès au marché garantie par l'[art. 2 LMI](#) (c. 4f).

ENCADRÉ 31

[ATF 125 I 474](#) du 1^{er} octobre 1999, c. 4e/cc

En conclusion, l'on ne saurait dire, sous l'angle de la loi sur le marché intérieur, que les risques entraînés par le procédé aménagé par la recourante doivent conduire à son interdiction, malgré ses avantages, dans la mesure où les deux systèmes peuvent coexister et se compléter, les patients étant libres de recourir à l'un et à l'autre selon leurs besoins. Certes, les motifs de santé publique parlant en faveur de l'exclusivité des pharmacies traditionnelles sont sérieux et ne peuvent être considérés comme un prétexte pour écarter du marché les pharmacies pratiquant la vente par correspondance. Toutefois, dans une application stricte du principe de la proportionnalité au regard des buts visés par la loi sur le marché intérieur, le canton de Vaud n'a pas démontré que le niveau de protection de la vie et de la santé de l'être humain, garanti par les prescriptions applicables au lieu de provenance, à savoir par les conditions auxquelles le canton de Soleure a délivré à la recourante l'autorisation d'exercer l'activité d'envoi postal de médicaments, serait insuffisant.

Cet arrêt renforce la liberté d'entreprise sur tout le territoire suisse et contribue à « créer un espace économique suisse unique », conformément à l'[art. 95 al. 2 Cst.](#), entré en vigueur trois mois après que le Tribunal fédéral avait rendu son arrêt MediService SA. Celui-ci a été bien accueilli et n'a pas suscité de grandes controverses doctrinales.

Cette jurisprudence peut générer des discriminations à rebours, en ce sens que les entreprises locales, qui ne peuvent pas se prévaloir de la liberté d'accès au marché en fonction d'un autre lieu de provenance, risquent de subir des discriminations. Cette éventualité a pour effet de générer une pression à la baisse sur la réglementation cantonale ou communale, ce qui peut entraîner une diminution des restrictions visant la liberté d'entreprise.

III.2. L'activité économique de l'État ([ATF 138 I 378](#))

Le 3 juillet 2012, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt très important relatif notamment à la liberté économique et à la neutralité de l'État en matière de concurrence. Il concerne la possibilité pour une entité étatique de développer son activité entrepreneuriale en concurrence avec le secteur privé.

Dans le canton de Glaris, un établissement autonome de droit public cantonal (Glarnersach) bénéficie, en vertu d'une loi cantonale, d'un monopole pour l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les dommages dus aux éléments naturels. Cet établissement est cependant autorisé, de par la loi cantonale, à fournir d'autres prestations d'assurance en concurrence avec le secteur privé. Cette situation a été contestée notamment par l'Association Suisse d'Assurances.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que lorsqu'une entreprise étatique exerce une activité avec les mêmes droits et obligations que les entreprises privées et en concurrence avec celles-ci, elle n'est qu'un concurrent supplémentaire sur le marché. Aussi, selon lui, la liberté économique en tant que droit fondamental ([art. 27 Cst.](#)) ne s'en trouve-t-elle restreinte que si l'activité accomplie par l'entité étatique menace d'évincer l'offre privée (c. 6.2.1 et 6.2.2).

Dans une optique plus institutionnelle, le Tribunal fédéral a jugé qu'une activité économique de l'État est compatible avec le principe de la liberté économique (art. 94 al. 4 Cst.) si elle est prévue par une base légale formelle, poursuit un intérêt public et respecte les principes de la proportionnalité ainsi que celui la neutralité en matière de concurrence (c. 6.3). Il a estimé que ces conditions étaient remplies en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a ajouté que le principe de neutralité concurrentielle imposé à l'État interdisait tout subventionnement croisé entre une activité bénéficiant d'un monopole et une activité soumise à la concurrence (c. 9.1 à 9.3). Par ailleurs, le monopole ne saurait engendrer d'autres distorsions de la concurrence (c. 9.4).

ENCADRÉ 32

[ATF 138 I 378](#) du 3 juillet 2012, c. 9.4, JdT 2014 I 3 (références omises)

La combinaison d'un monopole ou d'une administration souveraine, d'une part, et d'une activité soumise à la concurrence, d'autre part, peut aussi présenter le danger d'une certaine distorsion de la concurrence sous des aspects autres que purement financiers, notamment lorsque l'activité monopolistique met l'entreprise étatique en rapport avec les clients et que celle-ci bénéficie par là d'un avantage sur la concurrence. En particulier, Glarnersach pourrait retirer en fait un certain avantage concurrentiel de ce que, par l'effet de son monopole dans l'assurance des bâtiments, elle est déjà et de par la loi en contact avec tous les propriétaires d'immeubles, et peut donc utiliser des données déjà en sa possession pour rechercher des clients dans d'autres branches d'assurance ou offrir des produits combinés. À cet égard, Glarnersach ne jouit toutefois d'aucun avantage juridique et l'avantage factuel devrait demeurer modeste, car il se limite au contact initial [avec des clients potentiels]. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de redouter une distorsion de la concurrence. Il faut du reste rappeler que Glarnersach, dans son activité soumise à concurrence, est assujettie sans restriction au droit de la concurrence et, en particulier, à la législation sur les cartels. Si Glarnersach violait les dispositions du droit de la concurrence dans son activité commerciale, son comportement pourrait être sanctionné par les moyens que prévoit à cet effet la loi sur les cartels.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral semble mettre l'accent sur l'obligation faite à l'État de ne pas évincer l'offre privée¹⁰⁶. Il découle des art. [27](#) et [94](#) Cst., les deux interagissant¹⁰⁷, 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 privé¹⁰⁸. En pratique toutefois,

¹⁰⁶ [ATF 138 I 378](#), c. 6.2, JdT 2014 I 3.

¹⁰⁷ [ATF 138 I 378](#), c. 6.1, JdT 2014 I 3.

¹⁰⁸ Voir REICH, J. : « Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rahmenordnung von Versicherungspflicht, mittelbar rechtlichem Monopol und Dienstleistungen im Wettbewerb », *PJA* 2013, pp. 1399-1412 (pp. 1411-1412); UHLMANN, préc., note 31 (p. 1508,

des distorsions ou des risques sur ce point se produisent notamment au niveau des cantons ou des communes¹⁰⁹. Aussi l'exigence de neutralité en matière de concurrence n'est-elle pas suffisamment prise en compte. Il convient notamment de s'assurer que les entreprises publiques exercent leur activité économique en concurrence avec le secteur privé dans des conditions financières, fiscales ou réglementaires ne les avantagent pas par rapport aux entreprises privées¹¹⁰. Des différences de traitement au détriment de ces dernières doivent être justifiées dans le respect des conditions de l'[art. 36 Cst.](#), applicables au moins par analogie. Force est toutefois de constater que certains avantages sont diffus et échappent, en quelque sorte, à la grille de lecture qui résulte de cet arrêt ; au demeurant, ils ne peuvent être simplement supprimés par des mesures législatives¹¹¹. Aussi appartient-il aux autorités politiques de procéder à une étude d'impact prévisionnel en matière de concurrence avant de permettre à l'État d'accomplir une activité également exercée – à satisfaction – par le secteur privé. Sur la base d'une telle étude, elles devront déterminer les moyens permettant d'éviter des distorsions de la concurrence et, si de tels moyens font défaut ou s'avèrent insuffisants, s'assurer qu'un intérêt public prépondérant et des avantages notamment pour les consommatrices et consommateurs rendent l'atteinte à la concurrence admissible au regard du principe de la proportionnalité.

À juste titre, le Tribunal fédéral proscrit spécialement, dans une importante, mais insuffisante mesure, le subventionnement croisé entre l'activité de monopole et l'activité soumise à concurrence¹¹². 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 activités¹¹³ – les salaires de certains employés non affectés spécifiquement et exclusivement à une seule d'entre elles, par exemple. Un audit annuel

n° 13) ; BAUMANN, P. : *Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit*, Zurich, Bâle et Genève, 2019, lv et 404 pp. (pp. 377-383, n°s 883-905) ; comp. en outre SCHOTT, M. : *Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, Zurich et St-Gall, Dike, ainsi que Baden-Baden, Nomos, 2010, lvii et 562 pp. (pp. 441-442, n° 732).

¹⁰⁹ Voir spécialement CONSEIL FÉDÉRAL, préc., note 38 (pp. 9-11) ; POLYNOMICS : *Staat und Wettbewerb – Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen*, Berne et Olten, Polynomics AG, 2017, 86 pp. (p. 79).

¹¹⁰ OCDE (Réunion du Conseil au niveau des Ministres) : *Garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées à l'appui de la croissance et du développement : Rapport de référence*, Paris, OCDE, 2013, 16 pp. (p. 5, 5^{ème} bonne pratique pour garantir l'égalité des conditions de concurrence). En doctrine, voir notamment BAUMANN, préc., note 108 (pp. 377-381, n°s 883-895) ; ABEGG, A. et BAUMANN, P. : *Privatwirtschaftliche Tätigkeiten von Energieversorgungsunternehmen – wie Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden*, Zurich et St-Gall, Dike, 2020, xix et 64 pp. (pp. 50-54) ; HETTICH P. : « Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung », *RDS* 2021 I, pp. 155-169 (pp. 162-168) ; comp. UHLMANN, F. et BEZZOLA, D. N. : « Der Staat als Wirtschaftsteilnehmer und Regulator (oder: Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust) », *RDS* 2021 I, pp. 221-239 (pp. 228-232), qui notent qu'une entreprise étatique bénéficie d'avantages mais peut aussi subir des inconvénients. Sur les devoirs du conseil d'administration à cet égard et sur les instruments à disposition d'une collectivité publique en sa qualité d'actionnaire d'une entreprise publique, voir BAUMANN, P. et GUTZWILLER, R. S. : « Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften – Pflichten und Instrumente zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen », *PJA* 2020, pp. 887-906 (pp. 890-897 et 900-903) ; MARTENET, préc., note 70 (pp. 1994-1996, n°s 28-33).

¹¹¹ Sur ce point, voir spécialement HETTICH, préc., note 110 (pp. 162-168).

¹¹² Voir [ATF 143 II 425](#), c. 4.3-4.5 et les références ; [ATF 138 I 378](#), c. 9, JdT 2014 I 3. Sur ce point, voir spécialement CONSEIL FÉDÉRAL, préc., note 38 (pp. 20-21). En doctrine, voir notamment ABEGG et BAUMANN, préc., note 110 (pp. 54-57).

¹¹³ Voir notamment BAUMANN, P. : « Quersubventionierungen bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit », *Jusletter* du 9 mars 2020, pp. 1-20 (pp. 18-19, n° 49).

portant sur le respect de cette prohibition, réalisé par un cabinet d'audit indépendant et réputé, doit selon nous être produit.

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 indu¹¹⁴. Ainsi, par exemple, une relation privilégiée avec ses clients « captifs » ne saurait être utilisée et dévoyée en vue de mettre en exergue d'autres biens ou services qui se trouvent en concurrence avec le secteur privé. De plus, une obligation de transparence est mise à la charge de l'État ou de l'entité en cause¹¹⁵.

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, susceptible d'engendrer une distorsion de la concurrence¹¹⁶. Cela dit, il n'est pas d'emblée exclu que, dans certains cas, une telle séparation ne se justifie pas, notamment à l'aune du principe de proportionnalité¹¹⁷.

III.3. La clause du besoin (ATF 140 I 218)

Le Tribunal fédéral a aussi rendu un arrêt de principe sur le système dit de « clause du besoin », selon lequel le besoin de la population dans un domaine déterminé est défini par l'État et non pas par le marché. En 2011, A. SA, qui a notamment pour but l'exploitation d'une clinique générale, a adressé au Gouvernement du canton de Neuchâtel une demande d'autorisation de mise en service d'un scanner (CT-Scan) et d'une imagerie par résonance magnétique (IRM). Le Gouvernement cantonal a refusé cette demande et cette décision a été confirmée par le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.

Le Tribunal fédéral a relevé que « *le régime d'autorisation neuchâtelois relatif à la mise en service de certains appareils médicaux par des prestataires de soins sis sur le territoire cantonal se fonde essentiellement sur trois motifs, à savoir : premièrement, empêcher l'acquisition d'appareils médicaux qui ne répondrait pas à des besoins sanitaires cantonaux (santé publique) ; deuxièmement, des impératifs de police sanitaire (en particulier, la protection de l'intégrité des patients) ; troisièmement, la maîtrise et la proportionnalité des coûts des soins (soit, notamment, éviter des surcapacités pouvant déboucher sur une plus haute consommation médicale et l'augmentation des primes de l'assurance-maladie obligatoire)* » (c. 5.3).

Après être parvenu à la conclusion, que ce système ne violait pas le principe de la primauté du droit fédéral (c. 5), le Tribunal fédéral a examiné si une telle clause du besoin violait la liberté

¹¹⁴ Dans le même sens, STOFFEL, W. A. et MURITH, S. : « Entreprises publiques et droit de la concurrence », in HOCHREUTENER, I., STOFFEL, W. A. et AMSTUTZ, M. (édit.) : *Droit de la procédure, activité économique de l'État et cartels fondés sur des algorithmes*, Berne, Growth, 2019, pp. 35-51 (pp. 44-48 et les références) ; BAUMANN, préc., note 108 (pp. 382-383, nos 903-905).

¹¹⁵ Sur ce point, voir, dans une optique générale, OCDE, *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, OCDE, éd. 2015, 88 pp. (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.* »).

¹¹⁶ Voir REICH, préc., note 108 (p. 1412) ; STOFFEL et MURITH, préc., note 114 (p. 46) ; MARTENET, préc., note 70 (p. 1995, n° 32). Comp. en outre BAUMANN, préc., note 108 (pp. 376 et 382, nos 879 et 902) et préc., note 113 (p. 19, nos 50-51), qui se montre nuancé.

¹¹⁷ MARTENET, préc., note 70 (p. 1995, n° 32). Dans le même sens, BAUMANN, préc., note 108 (p. 376, n° 879).

économique au sens de l'[art. 27 Cst.](#) (c. 6). Il a en particulier noté que A. SA a été entravée par le refus cantonal aussi bien dans ses projets de développement que dans le libre exercice de son activité commerciale. Elle était par ailleurs désavantagée par rapport à des établissements concurrents (c. 6.4).

Le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que ce système reposait sur une base légale suffisante (c. 6.5), répondait à un intérêt public (c. 6.6) et respectait le principe de proportionnalité (c. 6.7). Il a estimé en définitive que l'appréciation de la part des autorités cantonales, qu'il n'a revue au demeurant qu'avec retenue en raison des nombreux facteurs locaux dont elle tenait compte (p. ex., répartition régionale/géographique des appareils, stratégies poursuivies dans le domaine de la planification hospitalière, objectifs qualitatifs, etc.), ne prêtait pas le flanc à la critique (c. 6.7.6).

ENCADRÉ 33

[ATF 140 I 218](#) du 16 décembre 2013, c. 6.7.7

Force est d'admettre que le Tribunal cantonal n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation, ni violé la liberté économique, son principe garanti à l'art. 94 Cst. ou l'égalité de traitement entre concurrents directs, en retenant qu'en l'espèce, l'intérêt de la recourante à pouvoir librement acquérir un CT-Scan ainsi qu'une IRM pour en facturer les prestations à sa clientèle cédait le pas à l'objectif de santé publique du canton de Neuchâtel et de ses habitants à prévenir qu'une surabondance d'équipements conduise à un manque d'entraînement du personnel médical et à des manipulations techniques négligentes.

Une clause du besoin ou un système de contingentement constituent en principe des dérogations au principe de la liberté économique¹¹⁸. En effet, dans un tel cas, l'État – et non le marché – intervient lourdement dans l'activité économique en planifiant les besoins de la population. La jurisprudence du Tribunal fédéral manque de clarté sur ce point¹¹⁹, étant noté que la constitutionnalité d'une telle clause est au moins examinée à l'aune des conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité¹²⁰. Le Tribunal fédéral paraît même écarter l'application de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#) s'agissant d'une clause du besoin cantonale soumettant à autorisation l'acquisition d'équipements médicaux lourds. La motivation de son arrêt est critiquable lorsqu'il considère que la mesure litigieuse ne saurait être considérée comme contraire à l'art. 94 Cst. étant donné qu'elle « *poursuit des objectifs de politique sociale et d'ordre public* »¹²¹. Il lui appartenait bien plus de déterminer la portée exacte de l'art. 94 al. 4 Cst.

Lorsqu'une clause du besoin est mise en place, la liberté d'entreprise des entreprises qui n'en bénéficient pas s'en trouve considérablement restreinte. En effet, elles ne sont légalement pas autorisées à fournir les mêmes prestations que les concurrentes qui en bénéficient. La portée de cette jurisprudence ne doit cependant pas être exagérée, car celle-ci concerne avant tout le secteur de la santé et n'est pas transposable telle quelle à d'autres secteurs économiques.

¹¹⁸ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 248, n° 21) ; AUBERT, préc., note 100 (p. 738, n° 17) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (p. 19, n° 73) ; UHLMANN, préc., note 52 (p. 556, n° 46) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 331, n° 34 ad Art. 27) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 480, n° 2871).

¹¹⁹ Voir [ATF 140 I 218](#), c. 6.2 : « *De façon générale, l'existence de « clauses du besoin » (« Bedürfnisklauseln ») est considérée comme étant suspecte au regard de l'art. 94 Cst., voire est prima facie présumée poursuivre un but de politique économique contraire au principe de la liberté économique [...].* » ; [ATF 130 I 26](#), c. 6.2, JdT 2005 I 143.

¹²⁰ [ATF 140 I 218](#), c. 6.5-6.7.

¹²¹ [ATF 140 I 218](#), c. 6.6.4.

III.4. L'égalité de traitement entre concurrents ([ATF 121 I 279](#))

L'égalité de traitement entre concurrents économiques a fait l'objet d'arrêts importants du Tribunal fédéral. Elle est susceptible de contribuer à renforcer l'effectivité de la liberté d'entreprise pour les personnes physiques ou morales qui s'en prévalent.

L'arrêt majeur concerne les cirques et a été rendu sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, mais demeure pleinement valable.

En 1992, Circus Gasser Olympia AG a demandé à l'autorité compétente du canton de Bâle-Ville l'autorisation de présenter son spectacle au cours de l'année 1994. Cette requête a été rejetée et ce refus a été confirmé, sur recours, par le département cantonal compétent, puis par le Tribunal d'appel.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a défini les contours de l'égalité de traitement entre concurrents économiques directs, en rattachant celle-ci à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'[art. 31 aCst.](#) (c. 4). Il a estimé que l'autorité pouvait tenir compte des différences objectives entre les concurrents et se fonder sur des préoccupations de politique culturelle, des considérations de politique économique ou concurrentielle n'étant en revanche pas admissibles (c. 6c).

Selon le Tribunal fédéral, il appartenait toutefois à l'autorité de procéder à une pesée adéquate des intérêts ; elle ne saurait, sans motifs convaincants, rendre notablement plus difficile l'utilisation du domaine public à une catégorie d'entreprises, parce que les autorisations leur sont octroyées cinq à six fois moins souvent qu'à certains de leurs concurrents, en l'occurrence le cirque Knie qui bénéficiait d'une autorisation annuelle (c. 6d/e).

ENCADRÉ 34

[ATF 121 I 279](#) du 22 septembre 1995, c. 6e, [JdT 1997 I 264](#)

Dans l'ensemble, les autorités cantonales n'ont pas avancé de motifs suffisants qui pourraient justifier de manière constitutionnellement admissible l'inégalité de traitement contestée. Au vu de la gravité de l'inégalité de traitement, elles n'ont pas procédé à la pesée des intérêts de la manière requise par l'art. 31 aCst. Le recours de droit public s'avère fondé dans la mesure où il est dirigé contre le fait que la recourante est traitée de manière inégale par rapport au cirque Knie. L'arrêt de la Cour d'appel doit donc être annulé. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de déterminer dans l'arrêt d'aujourd'hui quel type d'octroi d'autorisation est le plus conforme à l'art. 31 aCst. Il appartiendra plutôt aux autorités cantonales de fixer une périodicité des autorisations qui entraîne une inégalité de traitement moins flagrante des concurrents, compatible avec l'art. 31 aCst.

Cette jurisprudence offre une meilleure protection à des concurrents moins bien traités que d'autres par une autorité étatique. Elle renforce dès lors l'effectivité de leur liberté d'entreprise. L'[art. 27 Cst.](#) confère ainsi une protection renforcée par rapport à celle résultant de l'[art. 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 »¹²². Avec le principe de la neutralité de

¹²² [ATF 143 I 37](#), c. 8.2 ; voir en outre TF, [arrêt 2D 53/2020 et 2D 25/2021](#) (31 mars 2023), publié in *ZBI* 2023, pp. 538-546, c. 4.4.3 (considérant non publié in *ATF* 149 I 146). Pour une approche différente, voir DUBEY, préc., note 3 (p. 484, n^{os} 2888 : « [...] l'égalité de traitement entre concurrents directs est soit respectée, soit violée, mais elle ne peut pas être limitée. »). Une limitation remplissant les conditions de l'art. 36 Cst. signifie que ladite égalité est respectée. Il n'y a aucun terme intermédiaire entre le respect et la violation.

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'économie¹²³.

Selon la jurisprudence, ce type d'égalité de traitement vise les concurrents directs, c'est-à-dire les « *membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins* »¹²⁴. Ces quatre critères sont liés et doivent tous être réunis pour que l'[art. 27 Cst.](#) s'applique. Ils ont été définis par le Tribunal fédéral et ne se trouvent dans aucune norme de l'ordre juridique suisse.

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 concurrence¹²⁵. 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* »¹²⁶. Cette approche se fonde, 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.

III.5. L'obligation de procéder à un appel d'offres ([ATF 143 II 598](#))

L'[art. 2 al. 7 LMI](#) assigne une obligation importante aux cantons et aux communes, puisqu'il prévoit que « *[l]a transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse* ». Cette disposition législative contribue à définir de quelle manière la liberté d'entreprise peut être exercée en Suisse. Plusieurs arrêts de principe ont été rendus par le Tribunal fédéral en la matière, portant notamment sur l'affichage sur le domaine public¹²⁷ ou sur les services de taxis. L'arrêt concernant ces derniers est particulièrement intéressant, car il retient une interprétation extensive de l'[art. 2 al. 7 LMI](#).

Cet arrêt portait ainsi sur le système intercommunal d'attribution des autorisations aux compagnies et conducteurs de taxis de place (« taxis A ») de la région lausannoise et avait, plus précisé, pour objet, le [règlement intercommunal modifié sur le service des taxis](#) (RIT) et des prescriptions d'application du RIT (c. 3).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a défini et étendu la portée de l'[art. 2 al. 7 LMI](#). Il a estimé que la modification du RIT impliquait, à tout le moins par analogie, le transfert d'une concession de monopole en faveur des exploitants de taxis A de la région lausannoise (c. 4.2), ce qui obligeait les organes intercommunaux à procéder à un appel d'offres transparent et non-

¹²³ [ATF 143 II 425](#), c. 4.2; [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.1. En doctrine, voir spécialement MARTENET, préc., note 1 (pp. 805-808, n^{os} 73-80).

¹²⁴ [ATF 145 I 183](#), c. 4.1.1; [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 MAHON, préc., note 9 (pp. 245-246, n^o 17); BIAGGINI, préc., note 28 (p. 325, n^o 24 ad Art. 27).

¹²⁵ MARTENET, V. : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, Paris, LGDJ, ainsi que Bruxelles, Bruylant, 2003, xii et 658 pp. (pp. 489-493, n^{os} 1096-1105); HOFMANN, préc., note 57 (pp. 95-96); SCHOTT, préc., note 108 (pp. 476-477, n^o 779); REICH, préc., note 102 (p. 518, n^o 970 et les références); WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 168-170); VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1131-1132, n^o 32). Semblant se diriger sur cette voie, UHLMANN, préc., note 52 (p. 565, n^o 66). Comp. en outre RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (pp. 115-117, n^{os} 138-146).

¹²⁶ Art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

¹²⁷ Voir, en dernier lieu, [ATF 148 II 564](#), c. 7-9 et les références.

discriminatoire (c. 4.2). En conséquence, le Tribunal fédéral a annulé les dispositions réglementaires contraires à cette obligation découlant de la [LMI](#) (c. 4.3).

Les recourants avaient aussi soulevés des griefs tirés de la liberté économique et de l'égalité de traitement entre concurrents économiques. Le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que l'obligation réglementaire faite aux exploitants individuels de taxis A d'effectuer deux ans de travail à plein temps, à raison de 1'500 heures par année, avant de pouvoir requérir une autorisation A n'était ni contraire à la liberté économique, ni au principe d'égalité entre concurrents directs par rapport aux compagnies de taxis A, lesquelles sont soumises à certaines règles spécifiques (c. 5).

ENCADRÉ 35

[ATF 143 II 598](#) du 1^{er} septembre 2017, c. 4.2.2 et 4.3

Les autorités compétentes confèrent certes aux exploitants privés de taxis A le droit non exclusif, mais néanmoins accru, d'exercer leur activité sur le domaine public appartenant aux communes associées. Il n'en demeure pas moins que ce droit est couplé à un nombre important d'obligations à charge des exploitants, tant des points de vue quantitatif que qualitatif. Or, ces conditions et devoirs visent, d'une part, à ce que l'exploitation des taxis A soit assumée par des compagnies et conducteurs dignes de confiance, expérimentés et présentant des garanties financières suffisantes, de même qu'assurant – s'agissant des compagnies – une forme de service minimum à la clientèle à toute date ou heure; il s'agit bien là d'obligations contraignantes, qui sont assimilables à des tâches relevant du service public. D'autre part, lorsqu'elle oblige les compagnies de taxis A à former adéquatement de nouveaux conducteurs, la réglementation vaudoise poursuit des intérêts publics plus larges relevant de la politique sociale, ce qui est en principe caractéristique d'une concession de service public. Par ailleurs, la longue durée des autorisations – qui plus est renouvelable – qui sont décernées à certains exploitants individuels (sept ans) et, à plus forte raison, aux compagnies de taxis A (douze ans), rapproche ces autorisations de véritables concessions. Plaide, en dernier lieu, en faveur de l'assimilation de l'octroi des autorisations A selon le RIT au transfert d'une concession, la circonstance que, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral désigne l'exercice de la profession de chauffeur de taxis de place ("taxis A"), par sa fonction et son importance, en tant que quasi-service public.

L'assimilation des autorisations A en litige à des concessions de monopole a pour conséquence que la réglementation intercommunale en matière de taxis A doit, selon l'art. 2 al. 7 LMI, observer les exigences primordiales qui découlent du droit des marchés publics. Cela signifie qu'il lui faut avant tout, selon des critères transparents et sans discrimination, prévoir un appel d'offres tant pour l'attribution que pour la réattribution des concessions, sous la forme de décisions sujettes à recours.

L'obligation de procéder régulièrement à des appels d'offres pour diverses activités tombant sous le coup de l'[art. 2 al. 7 LMI](#), directement applicable ou seulement par analogie, affecte la liberté des entreprises concernées. En effet, elle rend la planification de leurs activités économiques plus incertaines. D'une part, si elles ne bénéficient pas d'une autorisation ou d'une concession, elles peuvent adapter leurs activités en vue d'essayer d'en obtenir une à l'avenir. D'autre part, si elles en bénéficient d'une, elles doivent intégrer dans leur planification commerciale la possibilité qu'elle ne soit pas renouvelée. Compte tenu de l'interprétation large donnée par le Tribunal fédéral à l'art. 2 al. 7 LMI, de nombreuses activités et, par voie de conséquence, de nombreuses entreprises sont désormais potentiellement concernées par ces enjeux.

III.6. Le choix du nom commercial ([ATF 128 I 19](#))

Le Tribunal fédéral a aussi rendu un arrêt important concernant le choix du nom commercial au regard de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)). Cet aspect de cette liberté concerne au premier chef la liberté d'entreprise.

Une association, inscrite au registre du commerce du canton de Zoug sous le nom de « *Associazione L.U.de.S. Libera Università degli Studi di Scienze Umane e Tecnologiche* » (Association Université libre d'études des sciences humaines et technologiques ; ci-après: L.U.de.S.), disposait d'un siège administratif et exécutif à Lugano-Paradiso dans le canton du Tessin. Selon l'art. 1^{er} ch. 3 de ses statuts, L.U.de.S. avait pour but « *l'enseignement et la formation académique, ainsi que la recherche scientifique, avec pour objectifs indivisibles l'instruction, la formation universitaire, la recherche scientifique et technologique* ». L'établissement se présentait au public sous le nom de « *L.U.de.S. Libera Università degli Studi di Scienze Umane e Tecnologiche* ».

Par décision du 8 mai 2001, le Gouvernement du canton du Tessin a notamment exigé que la dénomination « *Libera Università degli Studi di Scienze Umane e Tecnologiche* » fût suivie de la mention « *privée, non accréditée* ». Le 28 mai 2001, L.U.de.S. a formé un recours contre cette décision, que le Tribunal fédéral a partiellement admis.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que les cantons sont compétents pour régler la protection du nom des universités publiques sur leur territoire. Ils peuvent notamment, comme c'est le cas dans le canton du Tessin, soumettre à autorisation l'utilisation du terme « Université » par des instituts d'enseignement privés (c. 2).

Le Tribunal fédéral a ensuite jugé que l'exigence d'adjoindre au nom de l'institution le terme de « privée » pour pouvoir obtenir l'autorisation ne lésait pas les libertés fondamentales invoquées, puisqu'elle reposait sur une base légale cantonale, répondait à un intérêt public suffisant – soit celui d'exclure tout risque de confusion avec l'université publique – et était proportionnée (c. 3).

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation d'ajouter la précision « non accréditée » n'était en revanche pas fondée sur une base légale valable. Elle violait la liberté économique dont pouvait se prévaloir l'association recourante qui ne poursuivait pas un but purement idéal, indépendant de l'emploi de moyens économiques (c. 4).

ENCADRÉ 36

[ATF 128 I 19](#) du 19 février 2002, c. 4c/aa, JdT 2004 I 142

La recourante, constituée en association exerçant une activité privée d'enseignement et de recherche, peut se prévaloir de cette garantie sous cet angle. Cependant, dans l'exploitation de son propre établissement d'enseignement, la recourante agit, selon ses propres déclarations, sans but lucratif. Or, la notion même de liberté économique suppose, dans tous les cas, un but économique. Cette condition doit toutefois être relativisée, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de rechercher, comme objectif unique, un bénéfice ou un profit : dans ce contexte, on peut admettre un but lucratif (au sens large) lorsque dans la poursuite d'un but idéal - des activités culturelles notamment - il est fait appel à des ressources commerciales pour couvrir les frais de gestion, ou si des recettes économiques sont nécessaires pour accomplir ces activités (cf. ATF 56 I 431 c. 1). En l'espèce, la recourante a sans aucun doute besoin de recettes, parfois conséquentes, pour gérer son établissement et recherche de ce fait des fonds, financés en partie par l'écolage des étudiants. À ce propos, il convient de relever que l'enseignement n'est pas donné à titre gratuit, mais plutôt – au moins partiellement – grâce au versement de taxes d'inscription aux cours, qui, en tant que « contre-prestations pécuniaires », peuvent être qualifiées d'élément constitutif de l'« activité lucrative » (ATF 56 I 431 c. 1). Il en résulte que la recourante, en gérant une école

privée, ne poursuit pas un but idéal pur, sans aucun lien avec l'usage de moyens économiques, si bien qu'elle peut se prévaloir de la protection de la liberté économique.

Cet arrêt est intéressant au regard de la liberté d'entreprise pour deux motifs au moins. En premier lieu, il étend la portée de la liberté économique, si bien que des personnes morales de droit privé qui ne sont pas des sociétés commerciales peuvent, selon les circonstances, se prévaloir de cette liberté. En second lieu, le choix du nom commercial est encadré par des règles fédérales et cantonales, si bien que la liberté des entreprises et d'autres entités régies par le droit privé n'est aucunement absolue en la matière.

III.7. Le choix de la forme juridique et la qualité d'associé

La liberté économique protège notamment le choix d'une ou plusieurs personnes d'exercer une activité économique au sein d'une entreprise individuelle ou d'une société commerciale. Des restrictions existent cependant, en particulier pour les professions libérales. Elles sont devenues plus rares, mais subsistent, par exemple, pour l'exercice de la profession d'avocat. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs rendu deux arrêts importants concernant celle-ci.

III.7.1. Le cabinet d'avocats organisé en personne morale ([ATF 138 II 440](#))

En 2010, les avocats du cabinet X à Saint-Gall ont demandé à la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall de constater qu'ils pourraient rester inscrits au registre cantonal des avocats après qu'ils auraient transformé leur étude en une société anonyme. L'autorité a rejeté cette demande et le Tribunal cantonal a confirmé cette décision. Le Tribunal fédéral a en revanche admis le recours dirigé contre l'arrêt de ce dernier.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord insisté sur l'obligation faite à l'avocat d'organiser son activité de manière à ce qu'elle puisse être exercée indépendamment de toute influence. Cette indépendance structurelle ou institutionnelle, qu'il convient de distinguer de l'indépendance spécifique exigée dans l'accomplissement de chaque mandat, conditionne l'inscription au registre professionnel des avocats et, partant, l'accès à la profession conformément à l'[art. 8 al. 1er let. d LLCA](#), qui prévoit que, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit « être en mesure de pratiquer en toute indépendance » et « ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal » (c. 3).

Selon le texte de la loi, l'avocat peut être l'employé d'un autre avocat inscrit au registre et peut aussi être l'employé d'une personne non inscrite, si la relation d'emploi ne porte pas sur l'activité d'avocat et ne compromet pas son indépendance (c. 5 à 7).

Une personne morale, en particulier une société anonyme régie par le Code des obligations, ne peut pas se faire inscrire au registre professionnel des avocats. L'avocat peut néanmoins, selon le Tribunal fédéral, être l'employé d'une personne morale entièrement dominée par des avocats inscrits (c. 17). Les devoirs de l'avocat d'exercer en son nom personnel, sous sa propre responsabilité ([art. 12 let. b LLCA](#); c. 19 et 20) et dans le respect du secret professionnel ([art. 13 LLCA](#); c. 21) n'excluent pas non plus cette relation d'emploi et donc l'exercice de la profession d'avocat au sein d'une telle personne morale. Le Tribunal fédéral a ainsi conclu que l'indépendance des avocats qui recouraient serait suffisamment garantie sous le régime de la société anonyme qu'ils prévoyaient de constituer (c. 23).

ENCADRÉ 37

ATF 138 II 440 du 7 septembre 2012, c. 16 et 18, JdT 2013 I 135 (références omises)

Avec la garantie de la liberté économique (art. 27 Cst.) et le devoir d'indépendance structurelle (art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA), le droit fédéral fixe un cadre pour l'organisation de la profession d'avocat, cela de manière unifiée dans toute la Suisse. Au besoin, il incombe au Tribunal fédéral de clarifier l'incidence de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA sur la faculté d'organiser les études d'avocats en sociétés avec personnalité. Ainsi, le risque de régimes juridiques disparates ne se révèle pas plus important que dans d'autres domaines où le droit fédéral est mis à exécution par les cantons.

Des motifs d'ordre constitutionnel excluent aussi d'interpréter plus sévèrement l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA. Parce que la liberté économique porte aussi sur la faculté de choisir la forme juridique de l'exercice de la profession, cette faculté ne peut être restreinte que dans la mesure nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics. L'autorité précédente ne retient pas que la sauvegarde de l'indépendance structurelle nécessite d'interdire de manière générale les sociétés d'avocats dotées de la personnalité. Nul ne l'a prétendu, non plus, lors des débats parlementaires concernant l'art. 8 LLCA. Les sociétés d'avocats avec personnalité, largement répandues à l'étranger, et les expériences faites jusqu'ici en Suisse attestent qu'une interdiction générale n'est pas nécessaire dans l'intérêt de l'indépendance. En considérant que les sociétés d'avocats avec personnalité ne seraient admissibles que si le législateur fédéral en avait fixé précisément les conditions-cadre, l'autorité précédente méconnaît que la liberté économique protège le choix de la forme juridique de l'exercice de la profession et que cette liberté n'est restreinte que dans la mesure prévue par une base légale. Le législateur a certes la possibilité de fixer de manière plus détaillée les exigences relatives aux sociétés d'avocats avec personnalité, au-delà de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA; en l'absence d'une semblable réglementation, la liberté économique n'est restreinte que par cette disposition-ci.

Cet arrêt du Tribunal fédéral est important pour l'exercice de la profession d'avocat, car il permet une diversité de formes juridiques, allant de l'entreprise individuelle à la société anonyme. Il l'est aussi et surtout parce que le Tribunal fédéral rappelle, à juste titre, que le point de départ de la réflexion est la liberté économique comprenant la liberté d'entreprise. Aussi appartient-il aux autorités de justifier des restrictions en la matière et, le cas échéant, de prévoir une base légale adéquate. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur les cabinets pluridisciplinaires (« *Multidisciplinary Partnerships* »), ce qu'il a fait dans l'arrêt qui suit.

III.7.2. Le cabinet pluridisciplinaire organisé en personne morale (ATF 144 II 147)

Inscrit au registre du commerce depuis 2008, le cabinet A. SA est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Zurich. Son but social est la fourniture de prestations juridiques en Suisse et à l'étranger par des avocats, des notaires et d'autres conseillers, ainsi que les activités liées. Le 27 mai 2008, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a confirmé aux associés de A. SA qu'ils remplissaient tous les critères pour exploiter une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme. Par la suite, A. SA a ouvert des succursales à Berne, Lugano et Bâle.

Par courrier du 12 novembre 2015, C. et D., avocats inscrits au barreau de Zurich et membres du conseil d'administration de A., ont sollicité de la Commission du barreau de Genève l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une société de capitaux. La requête précisait notamment que les statuts du cabinet disposaient qu'au minimum trois quarts des associés devaient être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Au moment de la requête, un seul des trente-neuf associés du cabinet, expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats. La Commission du barreau a rejeté la demande

d'agrément déposée par C. et D. La Cour de justice du canton de Genève et le Tribunal fédéral ont confirmé cette décision.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord jugé que lorsque la [loi fédérale sur la libre circulation des avocats](#) s'applique uniformément sur l'ensemble du territoire suisse ([art. 4-8 LLCA](#)), la [loi sur le marché intérieur](#) n'est en principe pas applicable. Il a néanmoins admis une exception à ce principe lorsque les cantons interprètent de manière divergente la première loi en relation avec le droit d'accès au marché garanti par les [art. 2 al. 4 et 6](#) de la seconde loi (c. 4.2).

Le Tribunal fédéral a ensuite rappelé que « [l]e nouvel art. 2 al. 4 LMI permet désormais à celui qui veut s'établir dans un autre canton pour y exercer une activité lucrative légale de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, dans les limites de l'art. 3 LMI » (c. 4.4). Il a en outre considéré que l'art. 2 al. 4 LMI prévoit un contrôle du respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement, à Zurich en l'occurrence.

Le Tribunal fédéral a enfin examiné de manière approfondie la jurisprudence relative à l'[art. 8 al. 1 let. d LLCA](#) et la littérature juridique sur l'admissibilité d'un cabinet d'avocats organisé sous la forme d'une personne morale et dont l'un des associés, qui détient des droits de participation ou siège au conseil d'administration de la société, n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats (c. 5.3.1). Il a jugé que la loi sur la libre circulation des avocats exclut une telle structure (c. 5.3.2), laquelle met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat (c. 5.3.3). Il a également jugé que l'[art. 3 LMI](#) ne s'applique pas lorsque la restriction à la liberté d'accès au marché est fondée sur le droit fédéral (c. 6), avant de conclure au rejet du grief tiré de la violation de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#) ; c. 7).

ENCADRÉ 38

[ATF 144 II 147](#) du 15 décembre 2017, c. 5.3.2 (références omises)

Le choix de la société anonyme n'empêche pas les avocats de se faire inscrire dans un registre cantonal pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. En exigeant que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal, la règle de l'art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase, LLCA garantit que le premier étant soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire, il ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. C'est ainsi le statut de son employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé. Or, à la différence de l'avocat, le tiers non inscrit à un registre cantonal n'est soumis ni aux règles professionnelles, ni à la surveillance disciplinaire. C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre d'une société anonyme d'avocats, l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi.

Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte, pour autant qu'une telle restriction soit fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), repose sur un intérêt public ou sur la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et soit proportionnée au but visé (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4). En l'occurrence, le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la succursale genevoise de A. SA repose sur le système mis en place par le droit fédéral, qui impose aux avocats de pratiquer en toute indépendance (cf. art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA) et de respecter le secret professionnel (art. 13 LLCA). Le fondement de la restriction trouve donc sa source dans le droit fédéral. [L]a seule mise en place de dispositions visant à limiter l'influence décisionnelle des tiers non inscrits au sein des organes sociaux d'une société anonyme d'avocats ne permet pas de préserver l'intérêt public en cause, à savoir l'indépendance des avocats et la sauvegarde du secret professionnel. Le fait d'exiger que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits constitue

ainsi une restriction admissible sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité. Le grief tiré de la violation de l'art. 27 Cst. formé par la société doit ainsi être rejeté.

Cet arrêt est intéressant, car il revient à restreindre la liberté économique et, concrètement, la liberté d'entreprise – dans une optique pluridisciplinaire – sur la base d'une norme très générale relative à l'indépendance des avocats. Le Tribunal fédéral a estimé que des aménagements statutaires et contractuels ne permettent pas de respecter les exigences découlant de la législation fédérale. Cet arrêt n'est cependant pas transposable tel quel à d'autres activités économiques, car le Tribunal fédéral interprète chaque norme restreignant l'organisation d'une société commerciale.

III.8. L'adresse professionnelle (ATF 145 II 229)

La liberté d'entreprise comprend aussi, en principe, le libre choix de l'adresse professionnelle en Suisse. Des restrictions existent néanmoins, ainsi que l'atteste un arrêt de principe du Tribunal fédéral.

A., titulaire du brevet d'avocat et inscrite au registre des avocats du canton de Genève, a choisi comme domiciliation professionnelle l'adresse d'une société anonyme dont le but est de fonctionner comme plateforme pour avocats indépendants et de fournir à ces derniers notamment des services de domiciliation. Cette forme de domiciliation professionnelle n'a pas été admise par la Commission du Barreau du canton de Genève dont la décision a été confirmée par la Cour de justice de ce canton, puis par le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral a en particulier examiné la compatibilité de cette manière d'exercer la profession d'avocat avec l'exigence d'indépendance structurelle (c. 6) et de garantie du secret professionnel (c. 7). Il a préconisé un certain nombre de mesures et d'aménagements destinés à assurer le respect des exigences découlant du droit fédéral. Ainsi, il a défini certaines mesures en vue d'éviter que les clients de A. croient qu'elle exerce ses activités d'avocate au sein et sous le couvert d'une société anonyme d'avocats (c. 6.5) et a souligné que la structure mise en place ne permettait pas de garantir que de tiers non-auxiliaires de A. n'aient accès à des informations couvertes par le secret professionnel des avocats (c. 7.5).

Le Tribunal fédéral s'est ensuite prononcé de manière nuancée sur les exigences relatives à l'adresse professionnelle, notamment au regard de l'absence de bureau dédié dans les locaux de la société en cause (c. 8). En fin de compte, il a jugé que A. avait l'obligation de procéder à des aménagements préalables pour pouvoir exercer à l'adresse professionnelle souhaitée, notant que ces conditions constituent des restrictions à la liberté économique conformes aux exigences de l'[art. 36 Cst.](#) (c. 9).

ENCADRÉ 39

[ATF 145 II 229](#) du 4 juin 2019, c. 8 (références omises)

Le droit fédéral est très souple et ne prévoit aucune règle expresse en la matière. L'adresse professionnelle de l'avocat doit lui permettre d'exercer en toute indépendance et dans le respect du secret professionnel, et être accessible aux clients et aux autorités. L'avocat doit organiser son travail de manière à pouvoir exercer avec soin et diligence, ce qui suppose qu'il doit pouvoir disposer à tout le moins d'un local à son adresse professionnelle, afin d'être accessible et d'assurer le respect du secret professionnel. Une simple case postale ou une adresse « care of » ne sont jusqu'à présent pas considérées comme suffisantes pour constituer une adresse professionnelle.

Les possibilités offertes par les nouvelles technologies, couplées avec l'utilisation d'ordinateurs et de téléphones portables, font que l'avocat est à l'heure actuelle en mesure de communiquer et de travailler

en tous lieux. À cela s'ajoute que l'augmentation de la concurrence peut aussi pousser des avocats à repenser leur mode d'organisation pour rationaliser leurs coûts et éviter les charges d'une étude traditionnelle. Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'exigence selon laquelle l'avocat doit pouvoir disposer d'un bureau physique au lieu de son adresse professionnelle est toujours justifiée. L'admissibilité du recours à de nouvelles méthodes de travail pour exercer la profession d'avocat doit être examinée de cas en cas, sans schématisme excessif et en tenant compte du fait que l'avocat est sur le principe libre d'organiser son activité conformément à ses besoins, si sa structure est suffisante pour lui permettre d'exercer sa profession conformément à ses obligations professionnelles, soit avec soin et diligence, dans l'indépendance requise et le respect du secret professionnel. Dès lors, même si les nouvelles technologies lui offrent une mobilité accrue, l'avocat a toujours besoin d'un emplacement physique pour travailler et y rencontrer physiquement ses clients, ce contact demeurant indispensable à la défense des intérêts de ces derniers, même avec les nouveaux modes de communication, ainsi que pour préserver la confidentialité et, partant, le secret professionnel. La nécessité de pouvoir disposer d'un local physique à l'adresse professionnelle reste donc justifiée, même s'il n'y a pas lieu de fixer des règles trop strictes en la matière.

Cet arrêt repose sur une approche nuancée quant à d'éventuelles exigences légales liées à la domiciliation professionnelle. En d'autres termes, le Tribunal fédéral procède à une analyse au cas par cas. Cette jurisprudence est digne d'intérêt, car elle ne ferme pas la porte à des évolutions liées à la manière de travailler (télétravail en particulier), y compris pour des professions soumises à autorisation comme celle d'avocat. Aussi prend-elle en compte la liberté d'entreprise dans une optique évolutive.

III.9. La publicité

La possibilité de faire de la publicité est protégée par la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)). De nombreuses dispositions relevant, pour certaines, du droit fédéral et, pour d'autres, du droit cantonal prévoient des restrictions en la matière. Le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts particulièrement pertinents en la matière.

III.9.1. L'interdiction de la publicité pour le tabac et l'alcool ([ATF 128 I 295](#))

En l'an 2000, le Parlement du canton de Genève a adopté une loi sur les procédés de réclame qui contient notamment une interdiction d'afficher des publicités en faveur du tabac et des alcools de plus de 15 volumes pour cent sur le domaine public cantonal et sur le domaine privé visible depuis le domaine public. Plusieurs dispositions de cette loi ont été contestées devant le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral a jugé que cette interdiction respectait le principe de la primauté du droit fédéral tant au regard des compétences législatives de la Confédération en matière d'alcool, de denrées alimentaires et de radio-télévision (c. 3), qu'à celui de la loi sur le marché intérieur (c. 4), la liberté de la presse et celle d'opinion et d'information, pour autant que l'affichage à but commercial entrât dans le champ de protection de ces libertés (c. 5a), la liberté économique (c. 5b), la garantie de la propriété (c. 6) ainsi que le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (c. 7). Il a rappelé que le droit de faire de la publicité commerciale découle de la liberté économique (c. 5a et 5b).

Le Tribunal fédéral a enfin jugé compatible avec la garantie de la propriété et la liberté économique les dispositions de la législation genevoise qui soumettaient au contrôle des pouvoirs publics, par le biais d'un système d'autorisation, les procédés de réclame placés, entre autres, sur le domaine privé visible depuis le domaine public (c. 8). Il est parvenu à la même conclusion s'agissant de la règle qui interdit de poser des procédés de réclame sur les façades borgnes des bâtiments, considérant que la préservation du paysage urbain contre la

prolifération de la publicité sur les murs des immeubles constituait un intérêt public suffisant, des dérogations étant par ailleurs possibles (c. 9).

ENCADRÉ 40

ATF 128 I 295 du 28 mars 2002, c. 4b, 5a et 5b (références omises)

Doctrines et jurisprudence admettent que la liberté du commerce et de l'industrie (actuellement : liberté économique) comprend entre autres le droit de faire de la publicité pour des marchandises ou pour des services. Il n'y a donc apparemment aucune raison valable d'exclure les activités de publicité du champ d'application de la loi fédérale sur le marché intérieur.

L'affichage à but commercial n'entre en principe pas dans le champ de protection de la liberté de la presse et de la liberté d'opinion et d'information. Seules les opinions dont le contenu est de nature idéale jouissent en effet de la protection accordée par ces libertés constitutionnelles : toute expression qui vise des buts commerciaux rentre en revanche dans le champ d'application de la liberté économique. Une exception à cette règle subsiste quand le message publicitaire poursuit non seulement des objectifs économiques, mais aussi des intérêts publics. Dans ces cas, la liberté d'opinion et d'information est toutefois touchée seulement si le caractère idéal du message publicitaire est prépondérant par rapport à son caractère commercial.

À l'instar d'autres libertés publiques, la liberté économique n'est pas absolue. L'art. 36 Cst. prévoit en effet que les restrictions des droits fondamentaux doivent reposer sur une base légale (al. 1), être justifiées par un intérêt public prépondérant (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3). L'essence de ces droits fondamentaux est en outre inviolable (al. 4).

Cet arrêt montre que le droit de faire de la publicité, garanti par la liberté économique, est certes étendu, mais n'est pas absolu pour autant. La protection de la santé publique est ainsi susceptible de justifier des restrictions de cette liberté. Cela signifie aussi que la liberté d'entreprise comprend la possibilité de faire connaître ces services, de se démarquer face à ses concurrents ou de développer ses activités commerciales par le biais de la publicité.

III.9.2. La publicité des avocats (ATF 139 II 173)

Le cabinet d'avocats X. SA souhaitait apposer une enseigne « X. avocats et notaires » de 9 m 40 sur 70 cm sur la façade de l'immeuble où se trouvaient ses locaux. L'enseigne de 9h 40 sur 70 cm devait être éclairée par des lumières LED blanches.

La Commission de surveillance des avocats du canton de Zoug a décidé le 12 mars 2012 que l'enseigne prévue portait atteinte aux règles professionnelles établies par l'art. 12 let. d de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, qui permet à l'avocat de faire de la publicité, « pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général ». Cette décision a été confirmée par le Tribunal cantonal de ce canton, puis par le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral a procédé à une interprétation approfondie de l'[art. 12 let. d LLCA](#) (c. 2-6), en mettant l'accent sur la notion de la publicité (c. 3). Il a fixé les limites de la publicité admise pour un avocat (c. 6), compte tenu de la genèse de la norme (c. 4) et de la place de celle-ci dans l'ordre juridique (c. 5).

Conformément aux valeurs constitutionnelles concrétisées par la loi, il a rappelé que ce n'est pas la publicité des avocats, mais sa limitation qui doit être justifiée (c. 6.1). Il a admis l'existence d'un intérêt public à un exercice de la profession d'avocat conforme aux règles professionnelles et de haute qualité (c. 5 et 6.2.1).

La publicité des avocats doit, selon l'interprétation retenue par le Tribunal fédéral, avant tout présenter un caractère informatif et renoncer aux méthodes racoleuses, importunes et mensongères. Ainsi, une publicité empreinte de retenue et limitée aux faits objectifs est admissible, car elle répond au besoin d'information du public, étant précisé que l'exigence de retenue concerne tant le contenu que les formes et les méthodes de publicité (c. 6.2.2). Le Tribunal fédéral a jugé que l'enseigne n'était pas admissible en raison du manque de retenue dans sa conception (c. 7).

ENCADRÉ 41

ATF 139 II 173 du 25 janvier 2013, c. 5.1, JdT 2014 I 53 (références omises)

L'art. 12 let. d LLCA doit être inclus dans l'ordre juridique, dont fait notamment partie la Constitution. La liberté de la publicité commerciale, garantie par la liberté économique de l'art. 27 Cst. et la liberté d'expression des art. 10 CEDH et 19 Pacte ONU II doit ainsi être prise en considération; il faut de même prendre en considération que l'État de droit nécessite la confiance du public dans la liberté de la profession d'avocat. L'accès au droit s'obtient par l'intermédiaire d'un avocat. Sans le concours d'un avocat, il serait souvent impossible à l'individu de faire valoir efficacement son point de vue dans des affaires juridiques. Il existe ainsi un intérêt public particulier à ce que la profession d'avocat s'exerce avec soin et diligence (cf. art. 12 let. a LLCA).

Dans un but de protection du public et de la bonne foi en affaires, l'État peut en conséquence poser des règles visant à assurer un exercice de la profession d'avocat conforme aux règles et de haute qualité. Le respect de telles règles implique que la publicité des avocats serve également des intérêts idéaux. En permettant à la clientèle de choisir convenablement son avocat, elle contribue au bon fonctionnement de la justice.

Cet arrêt de principe sur la publicité des avocats montre que le droit de faire de la publicité est certes garanti de manière générale en Suisse, mais que le législateur peut prévoir un régime particulier pour certaines professions ou activités. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a posé des principes dans cet arrêt, mais a aussi effectué une analyse tenant compte de la situation concrète. Une approche au cas par cas se justifie par conséquent, ce qui conduit à définir de manière précise et concrète les contours et limites de la liberté d'entreprise en la matière.

III.10. La rémunération d'une activité lucrative privée

III.10.1. Le salaire minimum (ATF 143 I 403)

En Suisse, le droit fédéral ne fixe aucun salaire minimum ayant une portée générale, étant précisé que le droit fédéral prévoit quelques règles à ce propos, dont la portée est ciblée ([art. 360a-360f CO](#)). Quelques cantons ont introduit un salaire minimum à leur niveau, ce qui réduit la liberté d'entreprise sur ce point. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe examinant cette question notamment au regard de la liberté économique.

Une loi cantonale portant modification de la loi cantonale neuchâteloise du 28 mai 2014 sur l'emploi et l'assurance-chômage a ainsi été attaquée par un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.

Dans l'arrêt de principe qu'il a rendu, le Tribunal fédéral est tout d'abord parvenu à la conclusion que la modification législative qui concrétise, dans le canton de Neuchâtel, un salaire minimum en vue de garantir à tout salarié des conditions de vie décentes, à l'abri du recours à l'aide sociale, et ainsi de lutter contre la pauvreté, ne relève pas de la politique économique mais sociale, et n'est donc pas contraire au principe de la liberté économique (c. 5.1-5.5). Il s'est appuyé sur les motifs fournis par la loi cantonale et les travaux préparatoires,

en vertu desquels l'instauration d'un salaire minimum vise tant à lutter, de manière générale, contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel qu'à enrayer, de façon spécifique, le phénomène des « travailleuses et travailleurs pauvres », en améliorant les conditions de vie des travailleurs et en leur permettant de vivre de leur emploi sans devoir recourir à l'aide sociale étatique (c. 5.4.2).

Le Tribunal fédéral a ensuite examiné si et, le cas échéant, dans quelle mesure la loi cantonale litigieuse se conforme, à l'aune des conditions prévues à l'[art. 36 Cst.](#), à la liberté économique individuelle (c. 5.6-5.7). Il est arrivé à la conclusion que celle-ci n'était pas non plus violée.

ENCADRÉ 42

[ATF 143 I 403](#) du 21 juillet 2017, c. 5.6.8 et 5.7 (références omises)

[...] il y a lieu d'admettre que la réglementation litigieuse fixe un tarif général dont le montant se situe dans une fourchette raisonnable et reposant sur des critères objectifs. De plus, la législation querellée contient des dispositions visant à modérer les effets négatifs potentiels de la loi attaquée sur la liberté économique des employeurs, moyennant un système de dérogations et de réévaluations périodiques cohérent. En conséquence, l'on ne saurait affirmer, dans le cadre du présent contrôle normatif abstrait, que l'instauration d'un salaire minimum d'un montant de 20 fr. par heure constitue une atteinte disproportionnée à la liberté économique des recourants. En conclusion, la réglementation prévue constitue une mesure de politique sociale qui repose sur une base légale suffisante et poursuit un intérêt public reconnu par le droit constitutionnel. Elle n'apparaît par ailleurs pas disproportionnée et est en conséquence conforme à la liberté économique. Les griefs développés sous l'angle de l'art. 27 Cst. seront partant écartés.

Cet arrêt de principe est extrêmement intéressant à plus d'un titre. Deux observations seront faites ici. D'une part, cet arrêt montre que la liberté d'entreprise est aussi, sur certains points très importants, encadrée par le droit cantonal. D'autre part, il tient compte à la fois de la liberté économique, tant comme principe que comme droit fondamental individuel, et des motifs de politique sociale, ceux-ci étant jugés compatibles avec celle-là.

III.10.2. La rémunération admissible d'un avocat ([ATF 143 III 600](#))

La fixation de la rémunération d'un service est largement protégée par la liberté contractuelle – composante de la liberté économique, laquelle comprend la liberté d'entreprise – sous réserve de certains secteurs économiques régulés. Des restrictions résultent cependant aussi de normes relativement ouvertes que le Tribunal fédéral interprète en tenant compte de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)). Ce dernier a rendu un arrêt de principe en la matière concernant, lui aussi, la profession d'avocat.

Cet arrêt portait sur un litige relatif à l'admissibilité de la rémunération d'un avocat comprenant, d'une part, un décompte d'heures effectuées à un taux horaire de CHF 700 et, d'autre part, un prime de résultat de 6 %, soit un *pactum de palmario*.

Le Tribunal fédéral a en particulier interprété l'art. 12 let. e de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, aux termes de laquelle l'avocat « ne peut pas, avant la conclusion d'une affaire, passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire » et « ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès ».

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a interprété les dispositions pertinentes de la loi précitée, en particulier la lettre e de l'art. 12. Il est arrivé à la conclusion que le *pactum de palmario*, lequel prévoit une prime de résultat s'ajoutant aux honoraires calculés selon un tarif horaire, est en principe admissible, mais doit respecter certaines limites (c. 2).

Le Tribunal fédéral a défini lui-même ces limites, la législation fédérale n'étant pas explicite sur ce point. Selon lui, la conclusion d'un *pactum de palmario* est licite à trois conditions. En premier lieu, l'avocat doit, indépendamment de l'issue de la procédure, obtenir une rémunération ne couvrant pas uniquement ses frais, mais lui assurant également un bénéfice raisonnable. En second lieu, la prime de résultat ne saurait atteindre un montant tel qu'elle nuirait à l'indépendance de l'avocat et engendrerait un risque de surfacturation, cette limite étant en tout cas clairement dépassée lorsque les honoraires liés au succès sont plus élevés que les honoraires indépendants du succès. En troisième lieu, le *pactum de palmario* peut être conclu au début de la relation de mandat ou après la fin du litige, mais non en cours de mandat (c. 2.7.5).

ENCADRÉ 43

[ATF 143 III 600](#) du 13 juin 2017, c. 2.7.5, LawInside n° 512 (références omises)

Si, comme en l'espèce, plusieurs interprétations sont possibles et que ni le libellé de l'art. 12 let. e LLCA ni son sens ne conduisent à un résultat clair, il convient de choisir parmi les différentes interprétations possibles celle qui est la plus conforme à la Constitution. Une limitation ou une interdiction des honoraires conditionnels porte atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. et doit donc satisfaire aux exigences de l'art. 36 Cst. et notamment être proportionnée (art. 36 al. 3 Cst.). [L]'interdiction du pactum de palmario n'est pas nécessaire en tant que mesure contre le risque de surfacturation et de perte d'indépendance de l'avocat.

Cet arrêt important montre que les avocats disposent d'une grande marge de manœuvre pour convenir de leur rémunération avec leurs clients. Aussi leur liberté d'entreprise est-elle étendue en la matière. Des limites existent cependant, mais elles doivent respecter les conditions de l'[art. 36 Cst.](#) Le Tribunal fédéral insiste aussi sur la nécessité d'interpréter ces limites de manière conforme aux droits fondamentaux et, parmi ceux-ci, à la liberté économique, ce qui a plutôt pour effet de réduire la portée de celles-là.

IV. Les contours et les défis de la liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise n'est pas garantie, en tant que telle, par la Constitution fédérale de la Confédération suisse. Toutefois, la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)) englobe, comme on l'a vu, les diverses composantes de la liberté d'entreprise. Dès lors, cette disposition constitutionnelle ainsi que l'[art. 94 Cst.](#), qui garantit le principe de la liberté économique (al. 1), sont pertinents pour l'analyse des contours et des défis de la liberté d'entreprise dans le contexte helvétique.

IV.1. Le concept de liberté d'entreprise

Le concept de liberté d'entreprise n'est pas utilisé en Suisse. La Constitution fédérale garantit la liberté économique à la fois comme droit fondamental ([art. 27 Cst.](#)) et comme principe de l'ordre économique ([art. 94 al. 1 Cst.](#)).

IV.1.1. Des noms différents pour un même concept ?

Telle que garantie par la Constitution fédérale, la liberté économique est multidimensionnelle. La liberté économique correspond, dans une large mesure, à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la [Constitution fédérale du 29 mai 1874](#) ([art. 31 aCst.](#)). Ce lien a rapidement été confirmé par le Tribunal fédéral lui-même dans un arrêt de principe.

ENCADRÉ 44

[ATF 128 I 19](#) du 19 février 2002, c. 4c/aa, JdT 2004 I 142 (références omises)

La liberté économique garantie par l'art. 27 al. 1er Cst. – et précédemment par l'art. 31 aCst (dénommée alors : liberté du commerce et de l'industrie), dont la nouvelle norme reprend pour l'essentiel les principes et les modalités – protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel, vouée à l'obtention d'un bénéfice ou d'un revenu. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.).

En vertu de l'[art. 27 al. 2 Cst.](#), la liberté économique comprend ainsi, entre autres, le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. De cet article, on déduit, en outre, notamment la liberté contractuelle¹²⁸ ainsi que, si certaines conditions sont réunies, un droit d'utiliser le domaine public¹²⁹. Enfin, d'autres aspects de l'exercice d'une activité économique privée découlent également de la liberté économique.

En somme, la Constitution fédérale s'appuie sur un concept large et englobant, celui de liberté économique, sans chercher à segmenter celle-ci en différentes libertés ou droits. Cette approche n'est pas uniforme dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse puisque, par exemple, la liberté d'opinion et la liberté d'information sont distinguées ([art. 16 Cst.](#)).

ENCADRÉ 45

Message du Conseil fédéral (gouvernement) relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, pp. 176-177 (références omises)

Cette disposition [futur art. 27 Cst.] est une extension de la liberté du commerce et de l'industrie, droit fondamental garanti à l'article 31 actuel [aCst.]. Outre le commerce et l'industrie, cette liberté

¹²⁸ [ATF 146 I 70](#), c. 6.1 ; [ATF 143 I 395](#), c. 4.1 ; [ATF 131 I 223](#), c. 4.1. En doctrine, voir notamment MARTENET, préc., note 1 (p. 801, nos 55-57 et les références) ; WINISTÖRFFER, préc., note 2 (pp. 143-145).

¹²⁹ [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.2, JdT 2016 I 120 ; [ATF 132 I 97](#), c. 2.2. Voir *infra* IV.8.13.1.1.

économique primordiale protège, conformément à la jurisprudence et à la doctrine, aussi toutes les autres formes d'activités économiques privées exercées à des fins lucratives. De l'avis de tous, l'article 31 est de plus d'une importance fondamentale pour le système économique. En garantissant la liberté du commerce et de l'industrie, la constitution fédérale se prononce en faveur d'un ordre économique d'où l'État est absent, qui est fondé sur l'idée d'autonomie privée et qui s'appuie sur les principes de l'économie de marché. [...] La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas absolument garantie. Comme pour les autres libertés constitutionnelles, des limitations sont possibles, pour autant qu'elles se fondent sur une base légale suffisante, qu'elles répondent à un intérêt public prépondérant et qu'elles soient conformes au principe de la proportionnalité.

IV.1.2. Les différences de la liberté d'entreprise avec d'autres libertés

La liberté économique ne coexiste pas avec la liberté d'entreprise, la liberté de commerce, la liberté de l'industrie ou la liberté d'initiative économique, mais les englobe. Ni la jurisprudence ni la doctrine ne distingue ces différentes composantes pour en faire des libertés distinctes.

IV.1.2.1. La liberté de commerce

La liberté de commerce faisait partie de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la [Constitution fédérale du 29 mai 1874 \(art. 31 a Cst.\)](#). Aujourd'hui, cette notion n'est plus utilisée en Suisse, au niveau fédéral en tout cas. La liberté de commerce est englobée dans la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)), sans que le Tribunal fédéral indique, dans ses arrêts, si la liberté d'entreprise, la liberté de commerce, la liberté de l'industrie ou encore la liberté d'initiative économique est touchée.

Déjà sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, le Tribunal fédéral appliquait la liberté du commerce et de l'industrie, sans précisément distinguer celle-là de celle-ci. Cette liberté formait un ensemble puisque tant le commerce que l'industrie étaient protégés, et ce avec la même intensité. Le Tribunal fédéral n'a jamais procédé à des différences à cet égard, si bien que la question de savoir si le commerce ou l'industrie était en jeu dans la cause dont il était saisi n'était ni décisive ni même pertinente. Cette situation l'a dispensé de clairement délimiter la notion de commerce de celle d'industrie. Il parlait d'ailleurs de « *la notion de commerce et d'industrie* »¹³⁰ et non de deux notions distinctes.

ENCADRÉ 46

[ATF 106 la 355](#) du 30 septembre 1980, c. 4d (références omises)

[L]a doctrine et la jurisprudence ont toujours interprété la notion de commerce et d'industrie dans un sens large. Au regard de l'art. 31 [a]Cst., une industrie est toute activité rétribuée exercée professionnellement. Dès lors, l'exercice d'une activité professionnelle à des fins lucratives ou dans le but d'en tirer un revenu bénéficie en principe de la garantie constitutionnelle. En outre, sensible aux critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a abandonné, en 1958 déjà, la jurisprudence restrictive selon laquelle un employé ne pouvait pas se prévaloir de la garantie de l'art. 31 [a]Cst. Cet article protège donc toute activité économique privée tendant à la production d'un gain et exercée à titre professionnel, soit toute activité déployée par une personne dans un but lucratif.

Quelques constitutions cantonales anciennes continuent à garantir la liberté du commerce et de l'industrie, sans que cela se traduise pour autant par une protection moins étendue que celle qui résulte de la liberté économique.

¹³⁰ [ATF 106 la 355](#), c. 4d ; [ATF 103 la 259](#), c. 2a.

ENCADRÉ 47

Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894, § 13

La liberté du commerce et de l'industrie est reconnue. Dans les limites de la Constitution fédérale, la loi prévoit les dispositions restrictives, qu'exige le bien-être général.

ENCADRÉ 48

Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, art. 10

¹ *Le droit de libre établissement, d'association et de réunion, le libre exercice des professions libérales, la liberté du commerce et de l'industrie sont garantis.*

² *L'exercice de ces droits est réglé par la loi.*

ENCADRÉ 49

Constitution du canton de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977, art. 8

¹ *La liberté individuelle est garantie.*

² *Le sont notamment:*

[...]

k. la liberté de commerce et d'industrie ;

[...]

IV.1.2.2. La liberté de l'industrie

La liberté de l'industrie faisait partie de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la Constitution fédérale du 29 mai 1874 ([art. 31 aCst.](#)). Aujourd'hui, cette notion n'est plus utilisée en Suisse, au niveau fédéral en tout cas. La liberté de l'industrie est englobée dans la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)). Pour le surplus, les propos qui précèdent à propos de la liberté de commerce sont aussi valables, *mutatis mutandis*, pour la liberté de l'industrie.

IV.1.2.3. La liberté d'initiative économique

La liberté d'initiative économique est englobée dans la liberté économique en Suisse ([art. 27 Cst.](#)). Cette notion n'est utilisée ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. Il est cependant clair qu'en protégeant notamment « *le libre choix de la profession* » et « *le libre accès à une activité économique lucrative privée* », l'[art. 27 Cst.](#) garantit à chacune et à chacun la liberté de prendre des initiatives en matière économique. Cette composante de la liberté économique, à l'instar des autres, n'est cependant pas garantie de manière absolue, mais peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst.

IV.2. La liberté d'entreprise est-elle un droit fondamental dans l'ordre juridique de la Suisse ?

La liberté économique ([art. 27 Cst.](#)) est le droit fondamental décisif dans l'ordre juridique suisse. La liberté d'entreprise n'est garantie ni en tant que droit fondamental écrit ni en tant que droit fondamental non écrit.

Dans son [Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996](#), le Conseil fédéral a souligné qu'il est « *impossible de procéder à une codification exhaustive des droits fondamentaux: à l'avenir, leur contenu concret continuera d'être déterminé par la*

jurisprudence, selon un contenu évolutif »¹³¹. L'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 n'a pas privé le Tribunal fédéral de la faculté de reconnaître des droits fondamentaux non écrits. Il n'en a pas encore fait usage à proprement parler, même s'il a estimé, en une courte phrase, que le principe *ne bis in idem* en matière pénale « découle en outre implicitement de la Constitution fédérale »¹³².

Dans le dernier arrêt de principe en la matière, le Tribunal fédéral a rappelé que les droits fondamentaux non écrits se rapportent à des « facultés qui conditionnent l'exercice d'autres libertés inscrites dans la Constitution ou qui apparaissent comme parties intégrantes ou indispensables de l'ordre démocratique fondé sur le droit de la Confédération »¹³³. Il a en outre confirmé, dans ce même arrêt, sa jurisprudence consistant à examiner si la reconnaissance d'un nouveau droit non écrit « correspond à une réalité constitutionnelle largement répandue dans les cantons et portée par un consensus général »¹³⁴. Il a encore précisé que ce dernier pouvait découler, outre du droit constitutionnel écrit des cantons, aussi « de la pratique concrète des cantons, de la doctrine en droit constitutionnel ou d'autres sources »¹³⁵. Enfin, il a, à nouveau, préconisé de vérifier si un droit non écrit « peut être mis en œuvre par voie judiciaire », notamment en vue de ne pas outrepasser les limites fonctionnelles de la compétence des juges¹³⁶.

L'interprétation des droits fondamentaux écrits constitue le point de départ de l'analyse effectuée par le Tribunal fédéral¹³⁷. À cet égard, la Constitution fédérale garantit des droits fondamentaux dont le potentiel d'interprétation est considérable. Il incombe au Tribunal fédéral d'examiner l'étendue de ce potentiel, avant toute démarche consistant à reconnaître des droits fondamentaux non écrits. La liberté économique est une garantie ayant une portée très étendue. De surcroît, la présence de l'adverbe « notamment » à l'[art. 27 al. 2 Cst.](#) permet, sans difficulté, de rattacher la liberté d'entreprise à cet article constitutionnel, sans qu'il soit nécessaire de la reconnaître comme droit fondamental non écrit. Aussi sied-il de conclure que la liberté d'entreprise est comprise dans la liberté économique, elle-même expressément garantie par la Constitution fédérale en son art. 27.

IV.3. La coexistence avec le droit de propriété

Tant la propriété ([art. 26 Cst.](#)) que la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)) sont expressément garanties par la Constitution fédérale. Elles forment les deux piliers économiques du catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale ([arts. 7-36 Cst.](#)), même si d'autres droits fondamentaux revêtent une dimension économique.

¹³¹ [Message Cst.](#), FF 1997 I 140.

¹³² [ATF 144 IV 136](#) c. 10.1.

¹³³ [ATF 121 I 367](#), c. 2a, JdT 1997 I 278, 281 (traduction adaptée par l'auteur de la présente étude). Le Tribunal fédéral emploie la notion de « *rechtsstaatliche und demokratische Ordnung* », laquelle est généralement traduite par « *ordre démocratique fondé sur le droit* », sans mention expresse en français de l'État de droit dans un tel contexte. Ces différences terminologiques restent sans incidence sur la portée réelle de cette première condition fixée par le Tribunal fédéral.

¹³⁴ [ATF 121 I 367](#), c. 2a, JdT 1997 I 278, 281.

¹³⁵ [ATF 121 I 367](#), c. 2b, JdT 1997 I 278, 282.

¹³⁶ [ATF 121 I 367](#), c. 2c, JdT 1997 I 278, 283.

¹³⁷ Dans le même sens, voir, parmi de nombreux auteurs, MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 41, n° 80).

ENCADRÉ 50

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 26

¹ *La propriété est garantie.*

² *Une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation.*

Le Tribunal fédéral s'est peu penché sur l'articulation entre les art. 26 et 27 de la Constitution fédérale. Il admet que la garantie de la propriété et la liberté économique s'appliquent à un même état de fait¹³⁸, par exemple lorsqu'un exploitant d'un bar à shisha est tenu soit de modifier son offre ([art. 27 Cst.](#)) soit de construire un fumoir ([art. 26 Cst.](#))¹³⁹. Les restrictions étatiques frappant des activités économiques lucratives privées sont en principe évaluées à l'aune de la liberté économique, y compris lorsqu'elles résultent de mesures d'aménagement du territoire – création d'une zone touristique, par exemple – limitant les types d'activités admissibles¹⁴⁰.

Pourtant, les relations entre la garantie de la propriété et la liberté économique peuvent s'avérer complexes. Ainsi, la confiscation d'équipements industriels, par exemple, ou d'autres outils de production ainsi que diverses atteintes à la propriété privée peuvent empêcher ou rendre plus difficile une activité économique protégée par la liberté économique. Les personnes qui contestent des décisions étatiques en justice n'ont cependant pas à choisir un droit fondamental plutôt qu'un autre. Elles peuvent parfaitement invoquer les deux. Dans la mesure où tant la garantie de la propriété que la liberté économique sont susceptibles de restrictions, le tribunal saisi de la cause peut en principe laisser ouverte la question de savoir lequel des deux droits fondamentaux est applicable et directement examiner les conditions de l'[art. 36 Cst.](#)¹⁴¹.

Il sera encore noté que les affaires relatives à une expropriation ou à une restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation relèvent en principe de l'[art. 26 Cst.](#), eu égard au droit à l'indemnité prévu à l'art. 26 al. 2 Cst. Un tel droit constitue une norme spéciale et n'apparaît pas à l'[art. 27 Cst.](#) À titre d'illustration, l'affectation d'une parcelle à une « zone de construction d'intérêt communal » – ce qui implique que la parcelle est soustraite au marché libre ainsi qu'à la construction privée par le propriétaire et ne peut être acquise que par la commune concernée – est examinée au regard de l'art. 26 Cst., car elle peut donner droit à une indemnisation¹⁴².

Enfin, des normes spéciales figurant dans la Constitution fédérale ont un impact à la fois sur la propriété privée et sur l'activité économique qui s'y rapporte. On songe notamment à l'[art. 75b Cst.](#) relatif aux résidences secondaires.

¹³⁸ Voir notamment [ATF 136 I 117](#), c. 3.2 et 5.2, JdT 2010 I 456 ; [ATF 128 I 295](#), c. 6 et 9. En doctrine, voir notamment DUBEY J. : « Art. 26 », in MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 765, n° 62 et les autres références jurisprudentielles).

¹³⁹ [ATF 136 I 117](#), c. 3.2 et 5.2, JdT 2010 I 456.

¹⁴⁰ [ATF 142 I 162](#), c. 3.3 et les références jurisprudentielles. En doctrine, voir notamment BIAGGINI, préc., note 28 (p. 317, n° 8 *ad* Art. 27).

¹⁴¹ Pour une illustration en ce sens, voir [ATF 146 I 70](#), c. 6 (dispositions communales relatives à la construction d'habitations à loyer modéré qui se prêtent à une interprétation et à une application conformes à la liberté économique et à la garantie de la propriété).

¹⁴² [ATF 149 II 368](#), c. 3.6, 3.7 et 4.

ENCADRÉ 51

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 75b

¹ *Les résidences secondaires constituent au maximum 20 % du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune.*

² *La loi oblige les communes à publier chaque année leur plan de quotas de résidences principales et l'état détaillé de son exécution.*

L'[art. 75b Cst.](#) est le fondement constitutionnel de restrictions de la garantie de la propriété. En même temps, il limite fortement l'activité des entreprises de construction dans un grand nombre de communes suisses. Or l'activité de telles entreprises est protégée par la liberté économique. Cet impact par ricochet n'a pas encore donné lieu à de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Celle-ci se concentre, pour l'heure, sur la garantie de la propriété¹⁴³.

ENCADRÉ 52

[ATF 144 II 367](#) du 6 août 2018, c. 3.2 (références omises)

Le contenu de la propriété foncière n'est pas déterminé seulement par le droit privé [...], mais sa définition dépend également de l'ordre constitutionnel ainsi que du droit public édicté sur la base de la Constitution ; la définition valable à un moment donné peut, par ailleurs, être modifiée, comme, au demeurant, l'ordre juridique en général. La propriété n'est en outre pas garantie de façon illimitée, mais seulement dans les limites tracées par l'ordre juridique dans l'intérêt public. À l'instar des principes de maintien de l'aire forestière (art. 77 Cst.), de la protection des eaux ou de l'environnement (art. 74 et 76 Cst.), la limitation des résidences secondaires déploie des effets sur la définition du contenu de la propriété. Il s'agit en effet d'une mesure de politique d'aménagement d'ordre constitutionnel directement applicable redéfinissant, pour l'ensemble du territoire helvétique, au niveau communal, les possibilités d'ériger des résidences secondaires, consacrant plus particulièrement leur interdiction, même en zone à bâtir, dans les communes ayant atteint ou dépassant le plafond de 20 %. Il faut ainsi écarter l'opinion selon laquelle la limitation des résidences secondaires consacrée à l'art. 75b al. 1 Cst. constituerait une restriction de la propriété susceptible de donner lieu à une indemnisation pour expropriation matérielle.

IV.4. La liberté d'entreprise et l'État de droit

En Suisse, le droit est la base et la limite de l'activité de l'État ([art. 5 al. 1 Cst.](#)). En outre, celle-ci doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé ([art. 5 al. 2 Cst.](#)). Ces principes apparaissent également à [l'art. 36 al. 1-3 Cst.](#) pour ce qui concerne la restriction des droits fondamentaux. Ces dispositions constitutionnelles et d'autres contribuent à la réalisation de l'État de droit en Suisse.

La liberté économique ([art. 27 Cst.](#)), qui comprend la liberté d'entreprise, est généralement le point de départ de l'analyse s'agissant des activités économiques lucratives privées. Cela signifie que toute restriction de cette liberté doit être fondée sur une base légale, sous réserve des cas de danger sérieux, direct et imminent ([art. 36 al. 1 Cst.](#)), qu'elle doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ([art. 36 al. 2 Cst.](#)) et qu'elle doit être proportionnée au but visé ([art. 36 al. 3 Cst.](#)).

¹⁴³ [ATF 144 II 367](#), c. 3.2-3.5.

ENCADRÉ 53

ATF 145 I 73 du 13 février 2019, c. 6.1 (références omises)

La garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 al. 1 Cst., qui protège les droits patrimoniaux tel que celui de conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner, n'est pas absolue. Il en va de même de la liberté économique (art. 27 Cst.). Conformément à l'art. 36 Cst., une restriction à ces libertés fondamentales est admissible à condition de reposer sur une base légale, d'être justifiée par un intérêt public et, selon le principe de proportionnalité, de se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis, sans violer l'essence du droit en question. La liberté économique peut ainsi se voir limitée par des mesures restrictives poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas en premier lieu des intérêts économiques. Le droit public peut en particulier interdire, ou au contraire imposer la conclusion de contrats entre certaines personnes, sans que cela ne viole en soi le droit fédéral. La liberté contractuelle, énoncée à l'art. 1 CO, bénéficie certes de la protection assurée par le principe de primauté du droit fédéral. Elle n'est toutefois pas illimitée (cf. art. 19 et 20 CO) et certaines dérogations à cette liberté peuvent aussi se justifier, notamment dans le domaine du logement.

Enfin, une activité économique de l'État est compatible avec le principe de la liberté économique au sens de l'[art. 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 concurrentielle¹⁴⁴. 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.

IV.5. La liberté d'entreprise et le modèle économique de l'État

En Suisse, la Constitution fédérale elle-même pose les fondements du système économique ([art. 94 Cst.](#)), en opérant un choix fondamental en faveur de l'économie de marché.¹⁴⁵ La liberté économique constitue la pierre angulaire ou, du moins, l'une d'elles dans un tel système. Cette approche n'équivaut pas à une forme de laisser-faire en matière économique. En effet, l'action de l'État s'avère, en réalité, indispensable à l'effectivité de la liberté économique en tant que droit fondamental et principe de l'ordre économique¹⁴⁶.

Dans l'esprit de la Constitution fédérale, le principe de la liberté économique va de pair avec l'économie de marché. Ainsi, un choix fondamental « *en faveur d'un ordre économique basé sur les principes de l'économie de marché* »¹⁴⁷ est effectué au niveau constitutionnel en Suisse. Cette fonction ou composante institutionnelle de la liberté économique est de nature principielle, étant « *définie par rapport au système économique* »¹⁴⁸.

Dans une économie de marché, la combinaison des facteurs travail et capital est déterminée par les acteurs économiques et non pas par l'État¹⁴⁹. Cet aspect essentiel de la liberté

¹⁴⁴ [ATF 138 I 378](#), c. 6.3-11, JdT 2014 I 3.

¹⁴⁵ [Message Cst.](#), FF 1997 I 298.

¹⁴⁶ Voir [Message Cst.](#), FF 1997 I 299.

¹⁴⁷ [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.1 ; BO CN 1998 872-873 (KOLLER A., conseiller fédéral) ; [Message Cst.](#), FF 1997 I 298. En doctrine, voir notamment AUBERT, préc., note 100 (p. 734, n° 5) ; REICH, préc., note 102 (p. 464, n° 871) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1154-1155, n°s 95-96) ; DUBEY, préc., note 3 (pp. 459-462, n°s 2764-2779) ; WINISTÖRFFER, préc., note 2 (pp. 259-261).

¹⁴⁸ [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.1 p. 164 s. ; [Message Cst.](#), FF 1997 I 301.

¹⁴⁹ Voir spécialement VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1127, n°s 22-23). Voir en outre, parmi de nombreux auteurs, MAHON, préc., note 9 (pp. 238-239, n° 7) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 471, n° 2827).

d'entreprise est protégé par la Constitution fédérale en Suisse, tant par l'[art. 27 Cst.](#) que par l'[art. 94 Cst.](#) Il appartient du reste à l'État de « créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée » ([art. 94 al. 3 Cst.](#)). Les limites en la matière sont au moins considérées comme des restrictions apportées à la liberté économique. Certaines d'entre elles sont même traitées comme des dérogations au principe de la liberté économique.

L'économie de marché n'est ainsi pas garantie de manière absolue par la Constitution fédérale. Les autorités politiques disposent d'une importante marge de manœuvre pour l'aménager et, dans certains domaines, lui préférer un régime d'économie étatique ou planifiée. Cela suppose tout de même qu'une dérogation au principe de la liberté économique soit permise par la Constitution fédérale, compte tenu de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#) À titre d'illustration, *La Poste Suisse* a le « droit exclusif de transporter les lettres dont le poids n'excède pas 50 grammes (service réservé) », en vertu de l'[art. 18 al. 1 LPO](#), qui se fonde sur l'[art. 92 Cst.](#) (Services postaux et télécommunications).¹⁵⁰ Ce monopole de droit revient à une société anonyme de droit public dont la Confédération est obligatoirement actionnaire majoritaire, tant en voix qu'en actions.¹⁵¹ Il faut y voir une dérogation au principe de la liberté économique permise par l'article constitutionnel précité¹⁵².

Enfin, la fiscalité contribue à définir le modèle économique de l'État. La marge de manœuvre des autorités politiques est importante dans ce domaine. Si la constitutionnalité des impôts est surtout examinée à l'aune des principes mentionnés à l'[art. 127 Cst.](#), elle ne se résume pas pour autant à une application de ce dernier.

ENCADRÉ 54

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 127**Art. 127 – Principes régissant l'imposition**

¹ Les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par la loi.

² Dans la mesure où la nature de l'impôt le permet, les principes de l'universalité, de l'égalité de traitement et de la capacité économique doivent, en particulier, être respectés.

³ La double imposition par les cantons est interdite. La Confédération prend les mesures nécessaires.

Un impôt prohibitif peut *de facto* empêcher ou rendre excessivement difficile l'exercice d'une activité économique lucrative privée. Dans un tel cas, les contribuables concernés sont légitimés à se prévaloir, entre autres, de la liberté économique pour combattre l'effet paralysant de l'impôt litigieux (*chilling effect*)¹⁵³. A notre sens, cela vaut non seulement pour les différents impôts – certes surtout pour les impôts spéciaux¹⁵⁴, mais aussi pour les impôts « généraux » prohibitifs – que pour les contributions causales¹⁵⁵. En matière fiscale, l'[art. 190](#)

¹⁵⁰ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (pp. 425-426, n°s 997-1001).

¹⁵¹ Art. 2 al. 1 et 6 de la [loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse](#) (LOP, RS 783.1).

¹⁵² Voir notamment MARTENET, préc., note 1 (p. 815, n° 110).

¹⁵³ Voir [ATF 135 I 130](#), c. 4.2-4.3. En doctrine, voir notamment BIAGGINI, préc., note 28 (p. 318, n° 11 *ad* Art. 27).

¹⁵⁴ Favorables une limitation à ces seuls impôts, GRISEL, préc., note 1 (pp. 394-395, n°s 936-937) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 472, n° 2832). Voir en outre RHINOW, SCHEFFER et UEBERSAX, préc., note 100 (p. 607, n° 3188).

¹⁵⁵ Comp. [ATF 135 I 130](#), c. 4.2-4.3, qui mentionne les controverses doctrinales en la matière et semble se diriger vers le critère du caractère prohibitif de l'impôt ou de la contribution causale. En doctrine, voir notamment VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (pp. 166-167, n° 118) ; SCHOTT, préc., note 108 (pp. 445-446, n° 737, qui plaide pour un champ d'application très large de la liberté économique) ; UHLMANN, préc., note 52 (pp. 562-563, n°s 60-61) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 804, n° 64) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1132-1133, n° 33).

[Cst.](#) joue toutefois un grand rôle en protégeant directement les lois fédérales¹⁵⁶ et indirectement des ordonnances fédérales et des lois cantonales par le biais de la [loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes \(LHID\)](#)¹⁵⁷.

IV.6. La liberté d'entreprise et les « pratiques nationales »

L'[art. 27 Cst.](#) ne renvoie ni aux législations ni aux pratiques des cantons suisses. Une analogie avec l'[art. 16 CDFUE](#) ne saurait être établie en la matière. Les contours de la liberté économique sont, en fin de compte, définis par le Tribunal fédéral, en règle générale sans référence aux pratiques des cantons.

Il n'en demeure pas moins que les cantons conservent des compétences en matière économique qui peuvent influencer sur la liberté d'entreprise, plus précisément sur l'effectivité de celle-ci. Certes, la politique économique au sens large relève avant tout de la Banque Nationale et de la Confédération¹⁵⁸. Néanmoins, les cantons conservent notamment des compétences budgétaires et fiscales substantielles et des compétences en matière de promotion économique ou de développements d'activités¹⁵⁹. La promotion économique et le soutien à certains secteurs, dont le tourisme, contribuent à encourager ou faciliter l'activité entrepreneuriale et donc à façonner les contours effectifs de la liberté d'entreprise.

Enfin, dans le cadre de sa politique conjoncturelle, la Confédération prend en considération « *le développement économique propre à chaque région* » et « *collabore avec les cantons et les milieux économiques* » ([art. 100 al. 2, 1^{re} phrase, Cst.](#)). Le critère du développement économique est d'ordre plutôt structurel que conjoncturel. Dans la perspective de l'[art. 100 Cst.](#), il implique de déterminer dans quelle mesure l'économie d'une région est, en raison de sa structure, exposée aux cycles économiques¹⁶⁰. La politique conjoncturelle incombe essentiellement à la Confédération, mais elle doit être adaptée à chaque région. Ce paradoxe implique, pour les autorités fédérales, de collaborer avec les cantons et les milieux économiques (cf. [art. 100 al. 2, 2^e phrase, Cst.](#)). Plus les mesures envisagées seront incisives, plus l'intensité de la collaboration sera élevée¹⁶¹. La collaboration avec les cantons implique certainement de prendre en compte les pratiques de ces derniers.

IV.7. La liberté d'entreprise dans une structure étatique non centralisée

La liberté économique remplit une fonction fédérative très importante¹⁶². De plus, la Confédération doit veiller à créer un « *espace économique suisse unique* », en vertu de la première phrase de l'[art. 95 al. 2 Cst.](#) La [loi fédérale sur le marché intérieur](#) contribue à mettre en œuvre cette fonction et ce mandat constitutionnel. Aussi la liberté économique est-elle un

¹⁵⁶ Pour des exemples d'arrêts dans lesquels le TF considère qu'une norme figurant dans une loi fédérale est inconstitutionnelle, voir [ATF 131 II 697](#), c. 4 et 5 ; [ATF 131 II 710](#), c. 4.

¹⁵⁷ LHID ; RS 642.14.

¹⁵⁸ RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 461, n° 30) ; ARMINGEON et ENGLER, préc., note 97 (pp. 736-740).

¹⁵⁹ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (p. 124, n° 255).

¹⁶⁰ MARTENET, V. et SOGUEL, N. : « Art. 100 », in MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 2092, n° 21).

¹⁶¹ Voir notamment ARMINGEON et ENGLER, préc., note 97 (p. 740).

¹⁶² Voir *supra* I.2.1.

facteur d'homogénéisation, voire d'uniformisation selon les cas, des législations et pratiques cantonales ayant un impact sur les entreprises. Il serait erroné de parler de fonction centralisatrice, car elle n'attribue elle-même aucune compétence à la Confédération.

Mentionnée à l'[art. 94 al. 2 Cst.](#), la prospérité commune constitue un but général de la Confédération ([art. 2 al. 2 Cst.](#)) et des affaires étrangères ([art. 54 al. 2 Cst.](#)). Cet objectif va du reste de soi¹⁶³ ; en cas de silence de la Constitution fédérale sur ce point, la Confédération et les cantons seraient de toute façon censés contribuer à la prospérité commune. L'[art. 94 al. 2 Cst.](#) insiste cependant sur le fait que l'État compte sur le secteur de l'économie privée.

L'objectif de prospérité ainsi que celui de sécurité économique de la population ouvrent la porte à une intervention étatique dans l'économie de marché, car les mécanismes de celle-ci « *ne peuvent pas toujours et à eux seuls conduire à des résultats conformes aux objectifs et aux valeurs supérieurs définis par la communauté étatique* »,¹⁶⁴ sans que l'[art. 94 al. 2 Cst.](#) attribue toutefois à lui seul une compétence à la Confédération.¹⁶⁵ L'économie de marché, telle qu'elle est envisagée dans la Constitution fédérale, possède dès lors une dimension sociale et régionale¹⁶⁶. Au nom de celle-ci, la politique économique en Suisse, soit les interventions de la Confédération ou des cantons dans l'économie, ne se caractérise pas par un laisser-faire général, mais tend à des objectifs tels que le plein-emploi et la justice sociale. En somme, l'économie de marché et l'État ne s'opposent pas, mais interagissent et se complètent¹⁶⁷. La liberté d'entreprise est dès lors aussi modulée selon des considérations sociales et régionales.

Le fonctionnement de l'économie de marché n'est pas envisagé uniquement dans une optique fédérale. En effet, une dimension régionale de l'économie de marché et, surtout, des correctifs apportés à celle-ci sont perceptibles dans la Constitution fédérale. Celle-ci ne définit pas la notion de région, même si elle l'utilise à plusieurs reprises¹⁶⁸. Telle qu'il est employé, par exemple, à l'[art. 100 al. 2 Cst.](#), ce terme désigne, selon les cas, une région au sein d'un canton, un canton ou plusieurs cantons ou parties d'entre eux¹⁶⁹. Cette approche permet de cibler spatialement la politique conjoncturelle et d'influer sur l'activité entrepreneuriale en Suisse – dans certaines régions de celle-ci du moins.

La politique conjoncturelle comporte dès lors une dimension régionale, ce qui conduit à s'interroger sur sa relation avec la politique structurelle qui permet également à la Confédération de soutenir notamment « *des régions économiquement menacées* » ([art. 103 in initio Cst.](#)). La politique structurelle revêt un caractère durable, tandis que la politique conjoncturelle est temporaire et s'inscrit dans un cycle économique¹⁷⁰. Il n'en demeure pas moins qu'une « région économiquement menacée » et frappée par une crise peut bénéficier de mesures prises au titre de la politique aussi bien structurelle que conjoncturelle. Ces mesures peuvent en définitive bénéficier à des entreprises et, de ce point de vue, influencer sur l'activité entrepreneuriale en Suisse.

¹⁶³ [Message Cst.](#), FF 1997 I 300. En doctrine, voir notamment AUBERT, préc., note 100 (pp. 735-736, n° 10-11) ; BIAGGINI, préc., note 28 (pp. 834-835, n° 10 ad Art. 94).

¹⁶⁴ [Message Cst.](#), FF 1997 I 300.

¹⁶⁵ GRISSEL, préc., note 1 (pp. 107-108, n° 197) ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1508, n° 14).

¹⁶⁶ [Message Cst.](#), FF 1997 I 300. En doctrine, voir UHLMANN, préc., note 31 (p. 1509, n° 16, qui se montre toutefois prudent).

¹⁶⁷ Voir notamment TIROLE, préc., note 37 (pp. 214-215).

¹⁶⁸ Voir notamment art. 50 al. 3, 81a al. 1, 83 al. 1, 84, 85 al. 3, 89 al. 5, 92 al. 2, 100 al. 2, 103 et 175 al. 4 Cst.

¹⁶⁹ MARTENET et SOGUEL, préc., note 160 (p. 2092, n° 22).

¹⁷⁰ MARTENET et SOGUEL, préc., note 160 (p. 2092, n° 23).

IV.8. Les limites à la liberté d'entreprise

À l'instar des autres libertés, la liberté économique peut être restreinte, pour autant que les conditions de l'[art. 36 Cst.](#) soient respectées. La Constitution fédérale permet, par ailleurs, de déroger au principe de cette liberté.

IV.8.1. Les restrictions

IV.8.1.1. La base légale

Les restrictions apportées à la liberté économique doivent reposer sur une base légale valable, conformément à l'[art. 36 al. 1 Cst.](#) La clause générale de police de la troisième phrase de cette disposition – la réserve des « *cas de danger sérieux, direct et imminent* » – ne joue pas un grand rôle dans la jurisprudence relative aux atteintes à la liberté économique¹⁷¹. En période de crise majeure, notamment liée à une pandémie, elle peut néanmoins entrer en ligne de compte¹⁷².

Une restriction grave, telle que l'interdiction d'exercer une activité économique¹⁷³, requiert l'existence d'une base légale formelle, conformément à la deuxième phrase de l'[art. 36 al. 1 Cst.](#)¹⁷⁴. Une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur l'[art. 185 al. 3 Cst.](#) peut toutefois restreindre la liberté économique de manière considérable, quoique temporaire. Aussi sied-il d'interpréter la première norme en tenant compte de la seconde.

Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales ainsi que les autres actes protégés directement ou indirectement par l'[art. 190 Cst.](#) Cette disposition revêt une réelle importance en ce qui concerne la liberté économique pour deux raisons. D'une part, de nombreuses restrictions se trouvent dans des lois fédérales. D'autre part, seuls quelques aspects de la liberté économiques sont protégés par les pactes et conventions en matière de droits de l'homme liant à la Suisse.

De nombreux actes normatifs en vigueur en Suisse sont susceptibles de restreindre la liberté économique et donc, plus spécifiquement, la liberté d'entreprise. Pour autant qu'elle soit directement applicable, une norme internationale liant la Suisse¹⁷⁵, fédérale – y compris de rang constitutionnel –, intercantonale, cantonale, intercommunale ou communale peut servir de base à une atteinte à cette liberté.

IV.8.1.2. L'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui

En vertu de l'[art. 36 al. 2 Cst.](#), toutes les restrictions de la liberté économique doivent être justifiées par un intérêt public¹⁷⁶ ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. Un but de police ou de politique sociale fonde la plupart d'entre elles. Pour protéger la santé publique, les cantons sont, par exemple, habilités à interdire l'affichage en faveur de l'alcool

¹⁷¹ Voir néanmoins [ATF 137 II 431](#), c. 3 et 4, qui ne mentionnait certes pas la liberté économique, mais concernait une activité économique (activité bancaire). Dans cet arrêt, le TF a admis que les données bancaires de clients de l'UBS pouvaient être remises aux autorités américaines par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) en février 2009 sur la base de la clause générale de police. Pour le surplus, voir, dans une optique générale, WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 557-561), qui définit, à juste titre, une approche restrictive s'agissant du recours à la clause générale de police.

¹⁷² Voir WINISTÖRFER, préc., note 2 (p. 559).

¹⁷³ [ATF 136 I 1](#), c. 5.3.1, JdT 2010 I 220.

¹⁷⁴ Pour d'autres illustrations, voir MAHON, préc., note 9 (p. 242, n° 13) ; UHLMANN, préc., note 52 (p. 553, n° 40 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 547-548) ; DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (pp. 201-202, n° 171).

¹⁷⁵ Voir notamment UHLMANN, préc., note 52 (p. 555, n° 44).

¹⁷⁶ Voir spécialement WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 563-651 et les innombrables références).

et du tabac sur le domaine public et même sur le domaine privé visible depuis ce dernier¹⁷⁷. En période de pandémie, des restrictions – parfois drastiques – sont destinées à éviter la propagation de celle-ci et à protéger la population.

En revanche, les mesures susceptibles « *d'empêcher la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé* », sont en principe inadmissibles¹⁷⁸. Un but dit de politique économique – ce qui vise surtout le protectionnisme et la planification économique – est, en d'autres termes, proscrit, à moins que la Constitution fédérale elle-même ne l'autorise¹⁷⁹. La référence à la « *politique économique* » n'apporte cependant aucune clarté à l'interprétation des [art. 27](#) et [36](#) Cst., si bien qu'il paraît préférable de l'abandonner¹⁸⁰.

Les droits fondamentaux d'autrui peuvent aussi justifier une restriction de la liberté économique¹⁸¹. Nous songeons spécialement à la protection de la sphère privée ([art. 13 Cst.](#) et [8 CDFUE](#)) et à la garantie de la propriété ([art. 26 Cst.](#)). La jurisprudence du Tribunal fédéral dans laquelle ce second élément de l'[art. 36 al. 2 Cst.](#) est pertinent est cependant rare s'agissant de la liberté économique.

IV.8.1.3. La proportionnalité

Toute restriction de la liberté économique doit enfin être proportionnée au but visé ([art. 36 al. 3 Cst.](#)). Le principe de proportionnalité se compose des sous-principes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit¹⁸². Comme pour les autres libertés, ce dernier sous-principe est souvent décisif. Il implique de mettre en balance l'ensemble des intérêts en présence¹⁸³.

Le principe de la proportionnalité est appliqué avec une intensité variable lorsque les tribunaux examinent des atteintes portées à la liberté économique. Plus la restriction est grave, plus les tribunaux se montrent exigeants quant au poids des motifs censés la justifier. Le Tribunal fédéral ne présume pas que les restrictions dans un domaine ou un autre de la liberté économique sont graves. À juste titre, il procède à une appréciation au cas par cas. En matière d'aménagement du territoire par exemple, il s'impose une certaine retenue lorsque la mesure en cause dépend notamment des circonstances locales que les autorités cantonales sont mieux à même d'apprécier¹⁸⁴.

¹⁷⁷ [ATF 128 I 295](#), c. 5b. Concernant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir CourEDH, [arrêt Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France](#) du 5 mars 2009, requête n° 26935/05, §§ 53-64. S'agissant de l'arrêt du Tribunal fédéral, voir, pour le surplus, *supra* III.9.1.

¹⁷⁸ [ATF 140 I 218](#), c. 6.2 ; [ATF 125 I 182](#), c. 5e, JdT 2000 I 796.

¹⁷⁹ [ATF 137 I 167](#), c. 3.6 ; [ATF 132 I 97](#), c. 2.1. En doctrine, voir notamment MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 534, n° 1079) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 486, nos 2900-2903).

¹⁸⁰ MAHON, préc., note 9 (pp. 242-244, n° 14 *in fine* : « Ce qui est inconstitutionnel, ce n'est donc pas la politique économique en général, mais l'interventionnisme protectionniste ou structurel. ») ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1505, n° 7) ; BIAGGINI, préc., note 28 (pp. 315 et 327-328, nos 5 et 29 *ad* Art. 27 et pp. 832-833, n° 5 *ad* Art. 94) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 577-579). Comp. en outre GRISEL, préc., note 1 (p. 353, n° 849 : « [L]'expression générique de politique économique n'a plus guère de signification. »).

¹⁸¹ Voir spécialement WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 651-653).

¹⁸² S'agissant spécialement des restrictions apportées à la liberté économique, voir DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (pp. 207-209, nos 185-190) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 653-669 et les nombreuses références).

¹⁸³ Pour des illustrations, voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 244-245, n° 15) ; VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (pp. 159-164, nos 105-111) ; RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (pp. 111-113, nos 128-130) ; UHLMANN, préc., note 52 (pp. 559-560, n° 53).

¹⁸⁴ [ATF 142 I 162](#), c. 3.2.2.

IV.8.1.4. L'essence de la liberté économique

En vertu de l'[art. 36 al. 4 Cst.](#), l'essence des droits fondamentaux est inviolable. Cette règle constitutionnelle est intéressante sur le plan théorique. À titre d'illustration, la mise en esclavage ou en servitude d'une personne est incompatible notamment avec l'essence de la liberté économique¹⁸⁵. Il en va vraisemblablement de même de l'obligation durable d'exercer une activité économique lucrative privée¹⁸⁶.

En revanche, des interdictions – même importantes et excédant une brève durée – destinées à lutter contre la propagation d'une pandémie ne tombent en principe pas, selon nous, sous le coup de l'[art. 36 al. 4 Cst.](#)

Du point de vue pratique, on ne discerne aucun développement jurisprudentiel significatif en lien avec la liberté économique. La doctrine est également dubitative sur ce point¹⁸⁷. Le Tribunal fédéral a laissé entendre qu'une clause du besoin risque de « *violier l'essence même de la liberté économique* »¹⁸⁸, avant de se contenter de la qualifier d'atteinte grave à celle-ci. Les interdictions d'exercer une profession ou une activité ne violent, quant à elles, en principe pas l'essence des droits fondamentaux¹⁸⁹. En effet, l'interdiction « *à vie* » d'exercer une activité dans l'enseignement, y compris privé, frappant une personne définitivement condamnée pour actes pédophiles graves s'analyse à l'aune des conditions de l'[art. 36 al. 1 à 3 Cst.](#)

IV.8.2. Les dérogations

La Constitution fédérale permet non seulement de restreindre la liberté économique ([art. 27](#) et [36 Cst.](#)), mais aussi de déroger à son principe ([art. 94 al. 4 Cst.](#)). Les contours de la notion de dérogation demeurent vagues, étant précisé que cette problématique concerne à la fois la Confédération et les cantons ou, en leur sein, les communes.

IV.8.2.1. La notion

Les restrictions apportées à la liberté économique et les dérogations au principe de celle-ci se différencient-elles par leur nature ou seulement par leur degré¹⁹⁰? Cette question est particulièrement délicate, à tel point que le Tribunal fédéral n'y a pas encore répondu de manière claire alors que les occasions n'ont pas manqué. À sa décharge, une réponse de Normand est peut-être inévitable. Une telle prudence se justifie d'autant plus que les effets de

¹⁸⁵ Voir spécialement MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (pp. 1078-1079) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (p. 176).

¹⁸⁶ VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 165, n° 113) ; MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (p. 1078) ; RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 113, n° 132) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 489, n° 2917) ; KIENER, KÄLIN et WYTENBACH, préc., note 32 (p. 380, n° 47) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1142, n° 57 et les références) ; DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (p. 210, n° 191).

¹⁸⁷ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 245, n° 16) ; UHLMANN, préc., note 52 (p. 560, n°s 54-55) ; BIAGGINI, préc., note 28 (pp. 327-328, n° 29 ad Art. 27) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 813, n° 101).

¹⁸⁸ [ATF 140 I 218](#), c. 6.3.

¹⁸⁹ Dans le même sens, MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (p. 1078) ; KIENER, KÄLIN et WYTENBACH, préc., note 32 (p. 380, n° 47). D'un avis différent, DUBEY, préc., note 3 (p. 489, n° 2917).

¹⁹⁰ Comp. SCHOTT, préc., note 108 (pp. 466-467, n° 769 : « *In die Prüfung einzubeziehen sind einerseits das geltend gemachte öffentliche Interesse an der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, andererseits die privaten und öffentlichen Interessen an einem unbeeinflussten Wettbewerb. Nur wenn ersteres überwiegt, ist die grundsatzwidrige Massnahme zulässig, ansonsten ist grundsatzkonformen Massnahmen der Vorzug zu geben.*») ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 833, n° 6 ad Art. 94 : « *Je gewichtiger das öffentliche Regelungsinteresse, desto eher sind wettbewerbsverzerrende (Neben-)Wirkungen der fraglichen Massnahme hinzunehmen [...].*»).

la norme ou de la décision en cause jouent un rôle en vue de déterminer s'il s'agit d'une restriction ou d'une dérogation¹⁹¹.

En théorie, une dérogation porte atteinte aux principes mêmes de l'ordre économique et opère un choix qui diverge du système économique résultant de l'[art. 94 Cst.](#), alors qu'une restriction reste dans le cadre de ce dernier. Concrètement, seule la première se traduit par la mise en place d'un modèle d'économie étatique ou planifiée dans un domaine déterminé, en soustrayant celui-ci aux éléments centraux du mécanisme de marché¹⁹². À partir de quand se trouve-t-on dans une telle situation? Cette question attend toujours une réponse convaincante¹⁹³.

Un régime de marché ou de prix de caractère étatique est, par exemple, susceptible de constituer une dérogation au principe de la liberté économique¹⁹⁴. Afin de circonscrire cette notion de manière plus précise, la pratique, la jurisprudence et la doctrine relatives à l'[art. 3 al. 1 let. a](#) de la [loi sur les cartels](#) et autres restrictions à la concurrence présentent un intérêt, même si l'interprétation de l'[art. 94 Cst.](#) demeure autonome et la portée de la disposition constitutionnelle est vraisemblablement plus étroite que celle de la disposition législative.

ENCADRÉ 55

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, art. 3 al. 1**Art. 3 – Rapport avec d'autres prescriptions légales**

¹ Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment :

a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ;

b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.

[...]

¹⁹¹ Sur ce point, voir HETTICH P. et KOLMAR M.: « « Wettbewerbsverzerrung » und « Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit » aus interdisziplinärer Sicht », *ZBl* 2018, pp. 275-297 (pp. 290-291 et les références).

¹⁹² Voir BO CE 1998 239 (RHINOW R.): « *Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind also vor allem staatliche Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten. Das sind beispielweise Lenkungsmassnahmen, Preisvorschriften, die zentral den Mechanismus des Marktes aus den Angeln haben, Kontingente usw.* »; BO CN 1998 965 (KOLLER A., conseiller fédéral): « *Der Bund soll die Kompetenz haben, vom Marktmechanismus, von der Koordination durch Wettbewerb, abzuweichen und damit in das Wirtschaftsordnungsprinzip des Wettbewerbs einzugreifen, wo diese Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit möglich sind [...]* ». En doctrine, voir notamment HOFMANN, préc., note 57 (p. 100); GRISEL, préc., note 1 (pp. 354-355, n° 852); VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 150, n° 86); RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 67, n° 60); MALINVERNI, HOTTELLIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 517, n° 1041); UHLMANN, préc., note 52 (p. 556, n° 46); BIAGGINI, préc., note 28 (pp. 329-330, n° 32 ad Art. 27 et p. 834, n° 7 ad Art. 94); KIENER, KÄLIN et WYTTEBACH, préc., note 32 (p. 90, n° 85); VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1145, n° 64). Comp. en outre MAHON, préc., note 9 (p. 247, n° 20, qui parle d'« interventionnisme protectionniste »); REICH, préc., note 102 (p. 461, n° 867); DUBEY, préc., note 3 (pp. 476 et 480-482, nos 2847 et 2868-2878).

¹⁹³ Sur la difficulté de définir les atteintes au principe de la liberté économique, voir UHLMANN, préc., note 52 (pp. 556-558, nos 48-51 et les illustrations); voir également MALINVERNI, HOTTELLIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (pp. 517-519, nos 1041-1043).

¹⁹⁴ Dans un sens voisin, AUBERT, préc., note 100 (pp. 737-738, n° 17); HOFMANN, préc., note 57 (pp. 88-90).

Une clause du besoin ou un système de contingentement constituent en principe des dérogations au principe de la liberté économique¹⁹⁵. En effet, dans un tel cas, l'État – et non le marché – intervient lourdement dans l'activité économique en planifiant les besoins de la population. La jurisprudence du Tribunal fédéral manque de clarté sur ce point¹⁹⁶, étant noté que la constitutionnalité d'une telle clause est au moins examinée à l'aune des conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité¹⁹⁷. Le Tribunal fédéral paraît même écarter l'application de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#) s'agissant d'une clause du besoin cantonale soumettant à autorisation l'acquisition d'équipements médicaux lourds¹⁹⁸. La motivation de son arrêt est critiquable lorsqu'il considère que la mesure litigieuse ne saurait être considérée comme contraire à l'[art. 94 Cst.](#) étant donné qu'elle « *poursuit des objectifs de politique sociale et d'ordre public* »¹⁹⁹. Il lui appartenait bien plus de déterminer la portée exacte de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#)²⁰⁰.

La création d'un monopole de droit revient aussi à déroger au principe de la liberté économique en tout cas lorsque l'activité en cause est accomplie par une entité publique, mixte ou privée qui n'est pas désignée à la suite d'une procédure susceptible de mettre en concurrence, à intervalles réguliers, plusieurs entreprises. Dans une telle hypothèse, un système d'économie étatique ou planifiée est en effet mis sur pied.

Enfin, sans que la liste soit exhaustive, des mesures protectionnistes dérogent, en règle générale, au principe de la liberté économique. Un acte étatique avantageant un acteur économique du seul fait de sa provenance ou de son rattachement géographique menace en effet la concurrence au sens de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#)

IV.8.2.2. Les dérogations fédérales

En vertu de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#), les « *dérogations [fédérales] au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale [...]* ». Une habilitation constitutionnelle est, par conséquent, nécessaire. Elle est destinée au législateur fédéral, les dérogations n'étant en principe pas directement prévues dans la Constitution fédérale.

Les [art. 100 à 104 Cst.](#) permettent expressément de déroger au principe de la liberté économique. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les dérogations dans ces domaines soient admissibles, même si elles se fondent sur une base légale formelle. En effet, elles doivent répondre à un intérêt public et être proportionnées au but visé, conformément à l'[art. 5 al. 2 Cst.](#), voire à l'[art. 36 al. 2 et 3 Cst.](#)²⁰¹. D'autres articles de la Constitution fédérale peuvent fonder des dérogations fédérales au principe de la liberté économique²⁰². Il convient

¹⁹⁵ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 248, n° 21) ; AUBERT, préc., note 100 (pp. 737-738, n° 17) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (p. 19, n° 73) ; UHLMANN, préc., note 52 (p. 556, n° 46) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 331, n° 34 ad Art. 27) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 480, n° 2871).

¹⁹⁶ Voir [ATF 140 I 218](#), c. 6.2 : « *De façon générale, l'existence de « clauses du besoin » (« Bedürfnisklauseln ») est considérée comme étant suspecte au regard de l'art. 94 Cst., voire est prima facie présumée poursuivre un but de politique économique contraire au principe de la liberté économique [...]* » ; [ATF 130 I 26](#), c. 6.2, JdT 2005 I 143.

¹⁹⁷ [ATF 140 I 218](#), c. 6.5-6.7.

¹⁹⁸ [ATF 140 I 218](#), c. 6.6. Pour le surplus, voir *supra* III.3.

¹⁹⁹ [ATF 140 I 218](#), c. 6.6.4.

²⁰⁰ MARTENET, préc., note 70 (p. 2000, n° 54).

²⁰¹ Voir SCHOTT, préc., note 108 (pp. 466-467, n° 769) ; MARTENET, préc., note 70 (p. 2001, n° 58).

²⁰² [ATF 130 I 26](#), c. 6.2 et les références, JdT 2005 I 143.

dès lors d'interpréter soigneusement chaque article en vue de déterminer s'il habilite ou non le législateur à déroger au principe de la liberté économique²⁰³.

Lorsqu'une dérogation est permise, les principes de l'[art. 5 Cst.](#), voire de l'[art. 36 Cst.](#), doivent encore être respectés²⁰⁴. Il est dès lors imprécis de soutenir que les monopoles se fondant directement sur la Constitution fédérale échappent à l'application des [art. 27](#) et [94 Cst.](#)²⁰⁵. À notre sens, la Constitution fédérale forme un tout, si bien que ces articles encadrent aussi la mise en œuvre de la compétence fédérale concernée. Le choix de créer ou non un monopole, lorsque la norme constitutionnelle prévoit une faculté, ainsi que la détermination de l'ampleur et des modalités du monopole se font en tenant compte des exigences découlant de ces articles, de façon notamment à réduire les distorsions de concurrence.

Une analyse minutieuse est requise, si bien que la prudence est de mise en la matière avant de dresser une liste des articles permettant de déroger au principe de la liberté économique. L'interprétation de la Constitution fédérale s'inscrit, par ailleurs, dans une perspective dynamique, si bien qu'une réévaluation périodique se justifie, compte tenu d'autres évolutions constitutionnelles.

Pour l'heure, il est admis que les art. [87](#) et [92 Cst.](#), pour ce qui concerne en tout cas les transports ferroviaires, les services postaux et les télécommunications²⁰⁶, servent de bases constitutionnelles à des dérogations au principe de la liberté économique. Il devrait en aller de même des art. [90](#) (Énergie nucléaire), [91](#) (Transport d'énergie), [93](#) (Radio et télévision), [105](#) (Alcool) et [106](#) (Jeux d'argent) Cst., sans que cette liste soit toutefois exhaustive²⁰⁷. L'[art. 117 Cst.](#) permet, pour sa part, de déroger au principe de la liberté économique dans le domaine de l'assurance-maladie en tout cas²⁰⁸. Pour le surplus, une longue liste de normes constitutionnelles susceptibles de fonder des dérogations, que d'aucuns ont établies²⁰⁹, confère une certaine flexibilité au législateur fédéral, mais revient en définitive sinon à vider de son sens l'[art. 94 al. 4 Cst.](#), du moins à le dénaturer²¹⁰. L'habilitation à déroger au principe de la liberté économique n'a en tout cas plus du tout un caractère exceptionnel²¹¹, étant cependant précisé que son existence n'implique pas encore son utilisation, qui est soumise aux exigences – à appliquer strictement – de la base légale, de l'intérêt public et de la

²⁰³ HOFMANN, préc., note 57 (p. 132) ; SCHOTT, préc., note 108 (pp. 466-467, n° 765) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1147 et 1153, nos 70 et 90).

²⁰⁴ Voir notamment SCHOTT, préc., note 108 (pp. 463-464, n° 769) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 836, n° 14 ad Art. 94) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (p. 386, n° 70) ; MARTENET, préc., note 70 (p. 2001, n° 59). S'agissant du principe de proportionnalité, voir DIEBOLD et RÜTSCH, préc., note 27 (p. 215, n° 210).

²⁰⁵ Dans ce sens pourtant, HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (pp. 24-25, n° 85). Comp. en outre HETTICH P., KOLMAR M., HOFFMANN M., KOLLER J. et MATHIS L., *Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen – Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt*, Zurich et St-Gall, Dike, 2017, xvii et 313 pp. (p. 20).

²⁰⁶ Sur ce dernier point, voir [ATF 132 II 257](#), c. 7.2.

²⁰⁷ Voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 250, n° 23) ; AUBERT, préc., note 100 (pp. 739-740, n° 21) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 836, n° 14b ad Art. 94).

²⁰⁸ [ATF 130 I 26](#), c. 4.4 et 6.2, JdT 2005 I 143. En doctrine, voir notamment UHLMANN, préc., note 31 (p. 1516, n° 24) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 836, n° 14b/c ad Art. 94). Pour une critique, voir spécialement HOFMANN D., « La clause du besoin pour les médecins : toujours aussi inconstitutionnelle 20 ans après », in BERNARD F., HERTIG RANDALL M., BOVET C. et FLÜCKIGER A. (édit.), *Le droit au service de l'humanité – Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Genève et Zurich, Schulthess, 2023, pp. 211-222 (pp. 216-221), « La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale », *PJA* 2003, pp. 789-800 (p. 795) et préc., note 57 (p. 87).

²⁰⁹ Pour une longue liste, voir REICH, préc., note 102 (pp. 494-497, nos 924-930) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (pp. 521-526, nos 1050-1062) ; UHLMANN, préc., note 31 (pp. 1511-1517, n° 24 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 395-426 et les nombreuses références).

²¹⁰ Sur ce point, comp. SCHOTT, préc., note 108 (pp. 548-549, n° 895).

²¹¹ RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 76, n° 96).

proportionnalité²¹². Ainsi, la liberté d'entreprise *peut* être lourdement impactée par des normes fédérales adoptées dans divers domaines et secteurs économiques.

Les dérogations qui figureraient dans une loi fédérale ne reposant pas sur une base constitutionnelle suffisante sont en principe protégées par l'[art. 190 Cst.](#) Aussi le Tribunal fédéral et les autres autorités sont-ils tenus d'appliquer une telle loi²¹³, à moins qu'une norme internationale impose une solution différente. En la matière, le droit international laisse généralement une grande marge de manœuvre aux États.

IV.8.2.3. Les dérogations cantonales ou communales

En vertu de l'[art. 94 al. 4 in fine Cst.](#), des dérogations cantonales ou communales au principe de la liberté économique ne sont admises que si elles sont fondées sur les « *droits régaliens des cantons* ». Cette dernière notion englobe les régales historiques des cantons, en particulier les régales des mines, du sel, de la chasse, de la pêche et de la force hydraulique²¹⁴. Elle comprend cependant aussi d'autres monopoles constitutifs de telles dérogations²¹⁵.

Se penchant sur la constitutionnalité de monopoles cantonaux, le Tribunal fédéral examine en définitive si ceux-ci reposent sur une base légale formelle, répondent à un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité²¹⁶. Il suit désormais cette approche également lorsqu'il est confronté à une clause du besoin cantonale²¹⁷. Cela revient à soumettre à un régime similaire les restrictions de la liberté économique et tout ou partie des dérogations au principe de celle-ci. Ce rapprochement est critiquable par rapport à la lettre de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#)²¹⁸ et à la place de cette disposition hors du catalogue des droits fondamentaux et, donc, hors du champ d'application de l'[art. 36 Cst.](#) Néanmoins, elle est défendable si l'on intègre dans la réflexion les principes de l'activité de l'État régi par le droit ([art. 5 Cst.](#)), le respect de l'autonomie des cantons ([art. 3](#) et [47 Cst.](#)) et, plus largement, le fédéralisme²¹⁹, l'un des principes structurels de la Constitution fédérale.

²¹² Voir SCHOTT, préc., note 108 (pp. 548-549, n° 895).

²¹³ [ATF 130 I 26](#), c. 6.2 et les références, JdT 2005 I 143.

²¹⁴ Sur ce dernier point, voir [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.1, JdT 2016 I 120. En doctrine, voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 249-250, n° 22b) ; AUBERT, préc., note 100 (pp. 738-739, n° 20) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 432-436, n°s 1012-1025) ; REICH, préc., note 102 (pp. 503-505, n°s 943-948) ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1517-1518, n° 25) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 837, n° 15 *ad Art.* 94) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (p. 386, n° 72) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1149, n° 79).

²¹⁵ [ATF 128 I 3](#), c. 3a, SJ 2002 I 519 ; BO CE 1998 238-239 (GEMPERLI P.), 239 (RHINOW R.) et 240 (KOLLER A., conseiller fédéral).

²¹⁶ ATF 132 I 282, c. 3.3 ; [ATF 128 I 3](#), c. 3b, SJ 2002 I 519 ; cf. en outre TF, [arrêt du 10 mai 2016, 2C 1007/2015](#), c. 4.2. En doctrine, voir notamment AUBERT, préc., note 100 (pp. 738-739, n° 20) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 436-442, n°s 1026-1041) ; REICH, préc., note 102 (pp. 477-479, n°s 894-895) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (pp. 26-34, n°s 88-102) ; UHLMANN, préc., note 52 (pp. 561-562, n°s 57-58) et préc., note 31 (pp. 1517-1518, n°s 25-26, qui approuve la jurisprudence du TF sur ce point) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (pp. 386-387, n° 74) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1151-1153, n°s 83-89) ; MARTENET, préc., note 70 (p. 2002, n° 64). Comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 329, n° 31 *ad Art.* 27 et pp. 837-838, n° 16 *ad Art.* 94, qui se montre dubitatif). Opposé à cette approche, HOFMANN, préc., note 57 (pp. 143-144).

²¹⁷ [ATF 140 I 218](#), c. 6.5-6.7.

²¹⁸ Voir spécialement HOFMANN, préc., note 57 (pp. 82-88 et 136-143 : « [L]es monopoles historiques, c'est-à-dire les anciennes régales créées avant 1874, y compris le monopole d'assurance incendie des bâtiments, sont admissibles [...]. Tous les autres monopoles créés par les cantons sont inconstitutionnels d'un point de vue formel, car ils ne respectent pas le principe de la liberté économique et ne se trouvent pas au bénéfice d'une dérogation. » [p. 143]).

²¹⁹ Comp. [ATF 138 I 378](#), c. 8.3, JdT 2014 I 3.

Le Tribunal fédéral a notamment jugé admissibles les monopoles en matière d'assurance-incendie des bâtiments²²⁰, d'affichage sur le domaine public²²¹, mais non pas sur le domaine privé²²², ou encore d'approvisionnement et de distribution d'eau et d'électricité²²³. Sur ce dernier point, la [loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité](#) change en partie l'analyse puisqu'en son [art. 13](#), elle met sur pied un régime d'accès au réseau.

IV.8.2.4. Appréciation critique

La jurisprudence laisse apparaître une tendance à unifier les critères d'analyse des restrictions et des dérogations²²⁴. En premier lieu, le Tribunal fédéral interprète largement la notion de « *droits régaliens des cantons* » ([art. 94 al. 4 Cst.](#))²²⁵, ce qui ménage une certaine marge de manœuvre aux cantons. Lorsqu'il examine si les cantons sont restés dans le cadre fixé par la Constitution fédérale, il se réfère fondamentalement aux conditions de l'[art. 36 Cst.](#) En deuxième lieu, un monopole cantonal ou communal de droit doit reposer sur une base légale formelle, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité²²⁶. Or, si l'on est rigoureux, on doit admettre que la création de certains monopoles déroge au principe de la liberté économique. En troisième lieu, la constitutionnalité d'une clause du besoin – dérogation par excellence²²⁷ – est examinée à l'aune des conditions précitées²²⁸.

La délimitation précise entre les restrictions et les dérogations n'est, en définitive, pas nette. Il existe une gradation qui va de mesures restrictives de moindre gravité à des mesures dérogatoires relevant d'une économie planifiée. Entre ces deux pôles, beaucoup est question de degré. Dans cette optique, la position du Tribunal fédéral consistant à se fonder sur l'[art. 36 Cst.](#) dans de nombreux cas paraît compréhensible.

Certes, le pragmatisme dont font preuve les Juges fédéraux est discutable, voire critiquable à l'aune de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#)²²⁹. Est-ce pour autant le rôle d'une autorité fédérale, même « *judiciaire suprême* » ([art. 188 al. 1 Cst.](#)), d'empêcher les cantons de prendre des mesures qui, par hypothèse, reposent sur une base légale, répondent à un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité, au seul motif qu'elles « *dérogent* » au principe de la liberté économique ? Autrement dit, est-il envisageable qu'une mesure respecte ces conditions, mais soit qualifiée de dérogation non permise par l'[art. 94 al. 4 Cst.](#) ? Autre est la question – légitime et méritant une réponse positive – d'une application plus stricte de l'[art. 36 al. 1 à 3 Cst.](#) C'est là que le bât blesse parfois, en ce sens que la liberté d'entreprise est insuffisamment prise en compte par les autorités politiques, administratives ou judiciaires.

Sous la réserve – aux contours très incertains – de l'[art. 36 al. 4 Cst.](#), la souplesse résultant du Tribunal fédéral paraît défendable d'un point de vue fédéraliste. Cette disposition constitutionnelle soulève au demeurant plus de questions qu'elle n'apporte de réponses dans des affaires liées notamment à la liberté économique. Le Tribunal fédéral serait bien inspiré de

²²⁰ [ATF 124 I 11](#).

²²¹ [ATF 125 I 209](#).

²²² [ATF 128 I 3](#), c. 3, SJ 2002 I 519.

²²³ [ATF 132 I 282](#), c. 3.

²²⁴ Voir MARTENET, préc., note 48 (p. 2071, n° 27).

²²⁵ [ATF 128 I 3](#), c. 3a.

²²⁶ [ATF 132 I 282](#), c. 3.3; [ATF 128 I 3](#), c. 3b.

²²⁷ Voir notamment HOFMANN, préc., note 57 (pp. 84-88) ; UHLMANN, préc., note 52 (p. 556, n° 46) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 331, n° 34 ad Art. 27).

²²⁸ [ATF 140 I 218](#), c. 6.5-6.7.

²²⁹ Voir spécialement HOFMANN, préc., note 57 (pp. 82-88 et 136-143).

renoncer à de longs développements sur l'essence de celle-ci et à ne pas mettre cette notion au cœur de sa jurisprudence relative à ce droit fondamental.

IV.8.3. Les secteurs réservés à l'État

La Constitution fédérale ne réserve à l'État aucun secteur économique, la politique monétaire ([art. 99 Cst.](#)) n'étant pas un tel secteur. Le choix d'étatiser, de privatiser ou de libéraliser un secteur appartient au législateur fédéral ou cantonal, selon les domaines en jeu. Il convient néanmoins de donner quelques indications sur les monopoles fédéraux et cantonaux. En lien avec la liberté économique, le Tribunal fédéral distingue les monopoles de droit des monopoles de fait. Les premiers se fondent sur une règle de droit empêchant les tiers d'exercer une activité économique – sauf s'ils obtiennent une concession, voire une autorisation – ou réservant à l'État une telle activité²³⁰. Les seconds découlent des situations dans lesquelles une collectivité se réserve, ou réserve à des tiers, une activité économique qui exige l'utilisation de biens publics sur lesquels elle exerce une maîtrise générale²³¹. En gardant en tête cette distinction, il s'agit maintenant de présenter les règles constitutionnelles applicables aux monopoles fédéraux et aux monopoles cantonaux et communaux.

IV.8.3.1. Les monopoles fédéraux

La Confédération est habilitée à instituer des monopoles de droit dans les domaines relevant de sa compétence²³². Si le monopole correspond à une dérogation, une habilitation constitutionnelle est requise, conformément à l'[art. 94 al. 4 Cst.](#) L'existence de monopoles fédéraux de fait n'est pas exclue en théorie. Dans le contexte suisse, les monopoles de fait se rapportent essentiellement à la maîtrise du domaine public. Or ce dernier est cantonal ou communal en Suisse. Les quelques situations particulières venant à l'esprit – ambassades ou places d'armes notamment – ne concernent pas des activités économiques.

Un monopole fédéral de droit équivaut à une dérogation au principe de la liberté économique, en tout cas lorsque l'activité en cause est accomplie par une entité publique, mixte ou privée qui n'est pas désignée à la suite d'une procédure susceptible de mettre en concurrence, à intervalles réguliers, plusieurs entreprises²³³. En effet, un système d'économie de marché est remplacé, dans une telle hypothèse, par un système d'économie étatique ou planifiée. Compte tenu de l'[art. 94 al. 4 Cst.](#), une base constitutionnelle est nécessaire. À titre d'illustration, La Poste Suisse a le « *droit exclusif de transporter les lettres dont le poids n'excède pas 50 grammes (service réservé)* », en vertu de l'[art. 18 al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la Poste](#)²³⁴ qui se fonde sur l'[art. 92 Cst.](#) (Services postaux et télécommunications)²³⁵.

²³⁰ [ATF 125 I 209](#), c. 10b.

²³¹ [ATF 125 I 209](#), c. 10b.

²³² Voir notamment REICH, préc., note 102 (p. 477, n° 893).

²³³ MARTENET, préc., note 1 (pp. 815 et 817, n°s 110 et 121) et préc., note 70 (p. 2000, n° 55). Comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 319, n° 12 ad Art. 27) ; DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (p. 177, n°s 87-88) ; UHLMANN, préc., note 31 (p. 1518, n° 26) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 491, n° 2931). Pour une approche nuancée, voir REICH, préc., note 102 (p. 484, n° 903, qui met l'accent sur le principe de la proportionnalité : « *Geht ein Monopol dagegen in persönlicher und sachlicher Hinsicht über das Notwendige hinaus, besteht der begründete Verdacht, dass auch andere als die vorgehenden öffentlichen Interessen verfolgt werden [...].* »). Pour une approche consistant, en règle générale, à qualifier les monopoles de droit de dérogations au principe de la liberté économique, voir notamment GRISEL, préc., note 1 (pp. 410 et 414, n°s 960 et 969) ; VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 186, n° 169) ; HOFMANN, préc., note 57 (p. 83 : « Constituant une exclusion des particuliers d'une activité, un monopole porte atteinte non seulement à la liberté économique des personnes concernées, mais également au principe de la liberté économique. ») ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 488-489).

²³⁴ LPO; RS 783.0.

²³⁵ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (pp. 425-426, n°s 997-999).

Ce monopole de droit revient à une société anonyme de droit public dont la Confédération est obligatoirement actionnaire majoritaire, tant en voix qu'en actions²³⁶.

Il sied d'interpréter chaque norme de la Constitution fédérale pour déterminer si elle permet ou non l'instauration d'un monopole constitutif d'une dérogation au principe de la liberté économique. Les [art. 87 Cst.](#), pour les transports ferroviaires, et [92 Cst.](#), pour les services postaux, sont, par exemple, interprétés comme habilitant la Confédération à instaurer un tel monopole. Parfois, la Constitution fédérale semble parler de monopole relatif à une activité économique, alors qu'elle vise en réalité une tâche publique. Ainsi en va-t-il du droit de battre monnaie et de celui d'émettre des billets de banque qui « *appartiennent exclusivement à la Confédération* » ([art. 99 al. 1 Cst.](#))²³⁷.

La Constitution fédérale n'instaure elle-même aucun monopole, au sens où il est entendu ici, mais certaines de ses dispositions permettent au Parlement fédéral de légiférer en ce sens. Les principes figurant aux [art. 5 Cst.](#) et, au moins par analogie, [36 Cst.](#) sont censés guider le choix de ce dernier. La création d'un monopole de droit nécessite évidemment une base légale formelle, une ordonnance du Conseil fédéral ou même de l'Assemblée fédérale ne suffisant pas. Elle doit répondre à un intérêt public nettement identifié, comme la nécessité d'assurer un service à l'ensemble de la population. Il appartient en outre au législateur fédéral de se demander si un régime de plusieurs concessions ou d'autorisations limitées dans le temps et octroyées de manière transparente, non exclusive et non discriminatoire n'est pas préférable à un monopole en faveur d'une seule entité publique, mixte ou privée. Aussi le principe de proportionnalité, notamment le sous-principe de nécessité, doit-il être appliqué strictement. Si ces diverses conditions sont réunies, l'instauration d'un monopole est compatible avec la Constitution fédérale et réduit de manière très importante la liberté d'entreprise, puisque seule l'entreprise à laquelle une concession est octroyée pourra exercer l'activité en question et aucune entreprise ne pourra l'exercer si la collectivité publique concernée renonce à la concéder.

En l'absence d'habilitation constitutionnelle, un monopole constitutif d'une dérogation au principe de la liberté économique, mais créé par une loi fédérale, est immunisé par l'[art. 190 Cst.](#) Cette disposition constitutionnelle – qui impose au Tribunal fédéral et aux autres autorités d'appliquer les lois fédérales – déploie tous ses effets du moment que le droit international liant la Confédération, notamment le droit de l'OMC, érige peu d'obstacles à la création de monopoles dans les États.

IV.8.3.2. Les monopoles cantonaux et communaux

IV.8.3.2.1. L'admissibilité

Au niveau cantonal ou communal, les dérogations au principe de la liberté économique sont compatibles avec la Constitution fédérale si elles sont fondées sur les droits régaliens des cantons ([art. 94 al. 4 in fine Cst.](#)). Cette réserve est, à juste titre, interprétée largement et englobe d'autres monopoles que les seules régales historiques des cantons²³⁸.

Les monopoles cantonaux ou communaux de droit sont admissibles si plusieurs conditions sont réunies. Avant de les passer en revue, deux remarques s'imposent. En premier lieu, que l'on qualifie ou non un monopole de dérogation au principe de la liberté économique, le Tribunal fédéral se réfère aux conditions de l'[art. 36 Cst.](#) La distinction entre les restrictions de la liberté économique et les dérogations au principe de celle-ci est atténuée dans cette

²³⁶ Art. 2 al. 1 et 6 LOP.

²³⁷ Comp. VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (pp. 176-177, n° 145).

²³⁸ [ATF 128 I 3](#), c. 3a.

optique²³⁹. En second lieu, la création d'un monopole de droit suppose au préalable qu'une compétence législative appartienne aux cantons. Dans une optique plus large encore, ceux-ci sont bien évidemment tenus de se conformer au principe de la primauté du droit fédéral ([art. 49 Cst.](#)).

Les monopoles cantonaux ou communaux de fait sont essentiellement liés à la maîtrise du domaine public respectivement par les cantons et les communes²⁴⁰. Ils correspondent à une donnée de fait, si bien que leur existence est, en quelque sorte, naturelle.

IV.8.3.2.2. *Les conditions*

Les monopoles cantonaux ou communaux de droit doivent reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité²⁴¹. Le Tribunal fédéral se fonde, à cet égard, sur les [art. 27, 36](#) et [94](#) Cst. S'il n'existe en principe aucun droit à l'obtention d'une concession de monopole et si l'activité en question est, selon le Tribunal fédéral, sortie du champ d'application de la liberté économique²⁴², la mise en place d'un monopole restreint celle-ci²⁴³, voire déroge au principe qu'elle fonde. Une base légale formelle est requise, compte tenu de la gravité de l'atteinte à la liberté économique en tant que droit ou principe. Les monopoles créés à des fins fiscales sont censés être prohibés²⁴⁴, sans que l'on sache clairement ce que le Tribunal fédéral entend sur ce point. Ce dernier considère vraisemblablement que le but premier d'un monopole ne saurait consister en l'obtention de rentrées financières afin de financer des tâches publiques. En revanche, les recettes résultant d'un monopole visant à garantir un service à l'ensemble de la population à un prix abordable sont en principe, quant à elles, admissibles au regard de la Constitution fédérale. Le principe de la proportionnalité est, quant à lui, appliqué strictement lors de l'examen de la validité d'un monopole de droit²⁴⁵.

En outre, une pratique discriminatoire lors de l'attribution d'une concession de monopole peut s'analyser comme une restriction de la liberté économique, à tout le moins lorsqu'elle crée un désavantage concurrentiel injustifié et, en définitive, entrave l'accès à une activité

²³⁹ Comp. VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 186, n° 169).

²⁴⁰ Voir notamment MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 536, n° 1083) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1148, n° 75 et les références).

²⁴¹ TF, [arrêt du 10 mai 2016, 2C 1007/2015](#), c. 4.2 ; [ATF 132 I 282](#), c. 3.3 ; [ATF 128 I 3](#), c. 3b. En doctrine, voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 249-250, n° 22b) ; GRISEL, préc., note 1 (pp. 432-436, n°s 1012-1025) ; REICH, préc., note 102 (pp. 477-479, n°s 894-895) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (pp. 26-34, n°s 88-102) ; UHLMANN, préc., note 52 (pp. 561-562, n°s 57-58) et préc., note 31 (pp. 1517-1518, n°s 25-26) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (pp. 386-387, n° 74) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1151-1153, n°s 83-89). Comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 329, n° 31 *ad Art. 27* et pp. 837-838, n° 16 *ad Art. 94*). Opposé à cette approche, HOFMANN, préc., note 57 (pp. 143-144).

²⁴² [ATF 143 I 388](#), c. 2.2.2 (monopole en matière de services funéraires). L'approche suivie par le TF est insuffisamment nuancée (voir également HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 [p. 25, n°s 86] ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 319, n° 12 *ad Art. 27*). Ainsi, il s'agit de déterminer sur quels points précisément, le système mis en place exclut l'application de la liberté économique. C'est surtout la relation entre l'État et le concessionnaire qui n'est pas régie par la liberté économique à tout le moins lorsque l'activité monopolistique correspond à une tâche étatique. En d'autres termes, le concessionnaire ne peut en principe pas se prévaloir de la liberté économique lorsqu'il exerce l'activité monopolistique (dans le même sens, DIEBOLD N., « Vergaberecht und Wettbewerb », in HOCHREUTENER I., STOFFEL W. et AMSTUTZ M. [édit.], *Grundlegende Fragen – Questions fondamentales*, Berne, Growth 2017, pp. 1-23 [p. 6]).

²⁴³ Voir notamment UHLMANN, préc., note 52 (p. 548, n° 24) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 319, n° 12 *ad Art. 27*).

²⁴⁴ [ATF 132 I 282](#), c. 3.3. Voir notamment MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (p. 1085) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (pp. 30-31, n°s 94-96, qui apportent quelques nuances à ce propos).

²⁴⁵ Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (p. 414, n° 969, qui se montre favorable à une application stricte des « principes généraux »).

économique privée²⁴⁶. À titre d'illustration, relative toutefois à la Confédération, l'octroi discriminatoire de routes aériennes²⁴⁷ – les différences de traitement entre compagnies aériennes n'étant pas valablement justifiées – est susceptible d'empêcher l'émergence ou le maintien de concurrents et d'entraver l'accès à une activité économique privée.

L'existence de monopoles cantonaux ou communaux de fait n'est, par définition, soumise à aucune base légale expresse²⁴⁸. Le principe de la légalité n'est pas pour autant écarté de l'analyse, que les cantons ou communes accomplissent eux-mêmes l'activité économique en question ou qu'ils la concèdent à un tiers. Ainsi, les conditions d'exercice de l'activité et celles de l'éventuelle concession de celle-ci à des tiers doivent être définies dans des actes normatifs, sans qu'une base légale formelle ne soit en principe indispensable²⁴⁹. En outre, les choix effectués par les autorités – exercice de l'activité par la collectivité ou transmission de l'exploitation du monopole de fait à des tiers – peuvent être examinés ultimement par le Tribunal fédéral à l'aune du principe de la proportionnalité, étant entendu que celui-ci est appliqué moins strictement que lorsqu'un monopole de droit est en cause.

Signalons encore que « [l]a transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse » ([art. 2 al. 7 LMI](#))²⁵⁰. Cette règle est applicable aux monopoles de droit ou de fait²⁵¹ sous réserve de règles fédérales spéciales²⁵².

À notre sens, la création d'un monopole cantonal ou communal de droit ne constitue, en règle générale, pas une dérogation au principe de la liberté économique lorsque l'activité en cause est accomplie par une entité publique, mixte ou privée désignée à la suite d'une procédure susceptible de mettre en concurrence, à intervalles réguliers, plusieurs entreprises²⁵³. Un tel cas de figure ne conduit en effet pas à remplacer un système d'économie de marché par un système d'économie étatique ou planifiée.

IV.8.4. Le droit de la concurrence, en particulier les aides d'État

La politique en matière de concurrence relève essentiellement de la Confédération. En définissant trois axes, l'[art. 96 Cst.](#) attribue à la Confédération la compétence de légiférer en

²⁴⁶ Dans le même sens, voir DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (pp. 177-178, n^{os} 88-89). Dans une perspective plus large, comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 319, n^o 12 ad Art. 27).

²⁴⁷ Le système actuel est jugé plutôt satisfaisant (CONSEIL FÉDÉRAL, *Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération – Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 19.3701 Caroni du 19 juin 2019*, Berne, Confédération suisse, 10 décembre 2021, 29 pp. [pp. 14 et 29]), mais pourrait être amélioré (voir ABEGG A., HEFTI A. et SEFEROVIC G., *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes – Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft. Staatssekretariat für Wirtschaft*, 15 février 2019, 135 pp. [pp. 78-81]).

²⁴⁸ [ATF 125 I 209](#), c. 10b. Voir notamment GRISEL, préc., note 1 (p. 443, n^o 1043) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 536, n^o 1083). Pour une critique sur ce point, voir VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1151, n^o 85) ; comp. en outre MAHON, préc., note 9 (pp. 249-250, n^o 22b).

²⁴⁹ Dans le même sens, GRISEL, préc., note 1 (pp. 417-418 et 443-444, n^{os} 978 et 1043-1044) ; MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (pp. 1081-1082) ; MARTENET V. et HEINEMANN A., *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Genève, Zurich et Bâle, Schulthess, 2021, xxxi et 297 pp. (pp. 272-273).

²⁵⁰ Voir notamment UHLMANN, préc., note 31 (pp. 1517-1518, n^o 25). Voir en outre, à l'avenir, l'art. 9 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 15 novembre 2019 (AIMP). La délimitation entre le champ d'application de cette norme et celui de l'art. 2 al. 7 LMI risque de donner lieu à des développements doctrinaux et jurisprudentiels intéressants.

²⁵¹ [ATF 143 II 598](#), c. 4.1.1. A l'avenir, voir en outre l'art. 9 AIMP.

²⁵² Voir art. 60 al. 3^{bis} et 62 al. 2^{bis} de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80) ; art. 3a LApEl. Sur ce point, voir [ATF 142 I 99](#), c. 2.2.3, JdT 2016 I 120.

²⁵³ Voir *supra* IV.8.3.1.

matière cartellaire, celle de prendre des mesures afin d'empêcher la fixation de prix abusifs par des entreprises ou organisations en position dominante et celle de lutter contre la concurrence déloyale. Une pièce manque néanmoins dans cet ensemble, celle consistant à contrôler les aides d'État.

IV.8.4.1. Les trois axes la politique en matière de concurrence

La politique de la concurrence, au sens de l'[art. 96 Cst.](#), est essentiellement mise en œuvre par trois lois fédérales. La [loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence](#) (LCart), celle du [20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix](#) (LSPR) et celle du [19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale](#) (LCD) dessinent les trois axes législatifs de cette politique. Le droit cantonal ne joue qu'un faible rôle en ce domaine. Certes, la loi sur les cartels et la loi contre la concurrence déloyale comportent un volet civil relevant de la justice cantonale avant que le Tribunal fédéral ne puisse, le cas échéant, être saisi. La procédure civile est toutefois unifiée; une compétence cantonale subsiste seulement en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice ([art. 122 al. 2 Cst.](#)). Cette dernière est cependant encadrée par plusieurs normes fédérales (cf. spécialement [art. 5 al. 1 let. b et d du Code de Procédure Civile](#)). Enfin, le droit de l'Union européenne ainsi que la pratique et la jurisprudence y relatives influent sur le droit suisse et son application²⁵⁴. Cette européanisation partielle du droit suisse est particulièrement perceptible en ce qui concerne la loi sur les cartels. Certaines dispositions et notions clés de cette loi proviennent du droit européen. Par ailleurs, la pratique et la jurisprudence de la Commission de la concurrence, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral sont influencées par celles de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne

IV.8.4.1.1. Les cartels et autres formes de limitation de la concurrence

L'[art. 96 al. 1 Cst.](#) attribue à la Confédération à la fois une compétence et un mandat législatif. Sur le plan normatif, il s'agit d'adopter une législation sur les cartels et autres formes de limitation de la concurrence en vue de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables qu'ils engendrent. Cette législation encadre, dans une importante mesure, la liberté d'entreprise. Il serait cependant erroné de penser qu'elle la limite seulement. En effet, elle la protège aussi, en ce sens qu'une entreprise victime, par exemple, d'un cartel ou d'un abus de position dominante voit sa liberté entrepreneuriale sur les marchés entravée. Or le droit de la concurrence peut la rétablir, voire la renforcer²⁵⁵.

En même temps qu'il attribue une compétence à la Confédération en lui conférant une marge d'action « *considérable* »²⁵⁶, l'[art. 96 al. 1 Cst.](#) énonce aussi un mandat législatif²⁵⁷. En d'autres termes, il incombe aux pouvoirs politiques fédéraux de légiférer afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et autres formes de limitation de la concurrence, y compris lorsqu'elles résultent de comportements d'entités publiques engagées dans le processus économique (cf. [art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart](#))²⁵⁸. L'existence

²⁵⁴ Dans une optique constitutionnelle, voir notamment JACOBS R. : « Art. 96 », in EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. (édit.) : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp. (pp. 2751-2752, n° 9).

²⁵⁵ Voir notamment MARTENET et HEINEMANN, préc., note 249 (pp. 1-4).

²⁵⁶ [Message Cst.](#), FF 1997 I 305.

²⁵⁷ Voir notamment JACOBS, préc., note 254 (p. 2752, n° 12); HEINEMANN, A. et KELLERHALS, A. : *Wettbewerbsrecht in a Nutshell*, 3^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, 2023, xxv et 197 pp. (p. 7).

²⁵⁸ Voir JACOBS, préc., note 254 (p. 2750, n° 6).

de telles conséquences est, en quelque sorte, postulée par le constituant, si bien qu'une passivité de la Confédération n'est pas admissible.

L'[art. 96 al. 1 Cst.](#) permet d'adopter des règles relevant du droit administratif, du droit privé et du droit pénal. S'agissant de ces deux derniers domaines, les [art. 122 et 123 Cst.](#) fondent certes les compétences principales de la Confédération. Néanmoins, la loi sur les cartels pourrait se baser sur le seul [art. 96 al. 1 Cst.](#) Si le préambule de cette loi cite l'[art. 122 Cst.](#), il ne cite d'ailleurs pas l'[art. 123 Cst.](#), alors qu'elle contient des normes pénales *stricto sensu* ([art. 54-57 LCart](#)).

Les cartels sont créés par des entreprises occupant des échelons identiques du marché et visent ou entraînent une restriction de la concurrence (cf. [art. 4 al. 1 LCart](#)). On parle aussi d'accords horizontaux en matière de concurrence²⁵⁹. Lorsqu'ils portent sur les paramètres les plus sensibles – accords en matière de prix, de quantités ou de répartition des marchés ou des partenaires commerciaux –, ils sont qualifiés de cartels durs. La lutte contre ces derniers forme généralement le cœur de toute politique en matière de concurrence, et ils sont soit interdits (cf. [art. 101 § 1 let. a à c TFUE](#)) soit présumés illicites (cf. [art. 5 al. 3 LCart](#)).

Des entreprises occupant des échelons du marché sont aussi susceptibles de conclure des accords visant ou entraînant une restriction de la concurrence (cf. [art. 4 al. 1 LCart](#)). Il est alors question d'accords verticaux en matière de concurrence²⁶⁰. De nombreux contrats de distribution contiennent des clauses limitant la concurrence. Certains accords verticaux peuvent être interdits (cf. [art. 101 TFUE](#) qui s'applique aussi à certains accords verticaux) ou tomber sous le coup d'une présomption d'illicéité (cf. [art. 5 al. 4 LCart](#)), même si une approche au cas par cas est largement recommandée, notamment par la plupart des économistes s'intéressant à la politique en matière de concurrence.

L'abus de position dominante constitue une autre forme de limitation de la concurrence au sens de l'[art. 96 al. 1 Cst.](#)²⁶¹. Sur le continent européen, il forme généralement le deuxième pilier du droit de la concurrence (cf. [art. 102 TFUE](#); [art. 4 al. 2 et 7 LCart](#)), le premier correspondant aux accords ou ententes. Il porte sur le comportement d'une entreprise ou de quelques entreprises bénéficiant d'une position dominante respectivement individuelle ou collective. Depuis une révision de la loi sur les cartels entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, l'abus de pouvoir de marché relatif est aussi une pratique illicite ([art. 4 al. 2^{bis} et 7 LCart](#)).

Enfin, l'[art. 96 al. 1 Cst.](#) permet aussi de légiférer en matière de contrôle des concentrations²⁶². Ce troisième pilier du droit de la concurrence remplit une fonction préventive. Il se fonde sur un règlement dans l'Union européenne²⁶³ et, en Suisse, est prévu par la loi sur les cartels ([art. 9 et 10](#) ainsi que [32-38 LCart](#)).

IV.8.4.1.2. *La fixation de prix abusifs*

L'[art. 96 Cst.](#) attribue une deuxième compétence, qui est en même temps un mandat, à la Confédération. Il appartient à celle-ci de prendre des mesures afin d'empêcher la fixation de

²⁵⁹ Voir notamment UHLMANN F. : « Art. 96 », in WALDMANN, B., BELSER, E. M. et EPINEY, A. (édit.) : *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015, lix et 2953 pp. (p. 1544, n° 15).

²⁶⁰ Voir [ATF 147 II 72](#); [ATF 144 II 246](#); [ATF 144 II 194](#), JdT 2019 I 27; [ATF 143 II 297](#), JdT 2018 I 3.

²⁶¹ Voir notamment AUBERT, J.-F. : « Art. 96 », in AUBERT, J.-F. et MAHON, P. : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2003, xxii et 1515 pp. (p. 751, n° 7); MARTENET, V. : « Art. 96 », in MARTENET V. et DUBEY J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 2048, n° 24); JACOBS, préc., note 254 (pp. 2756-2757, n° 24).

²⁶² Voir notamment AUBERT, préc., note 261 (p. 751, n° 7).

²⁶³ Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.01.2004).

prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché.

L'[art. 96 al. 2 let. a Cst.](#) tire ses origines d'une initiative populaire. Il donne à la Confédération le mandat d'empêcher la fixation de prix abusifs par certaines entreprises ou organisations. En d'autres termes, la Confédération est tenue de prendre des mesures en la matière²⁶⁴. Compte tenu du principe de la légalité, celles-ci doivent reposer sur une base légale, l'[art. 96 Cst.](#) n'étant pas directement applicable. Le Parlement fédéral a adopté une législation sur la surveillance des prix qui institue le Surveillant des prix. Rien n'empêche toutefois le législateur fédéral de changer le système actuel, s'il le souhaite, en transférant, par exemple, les compétences du Surveillant des prix à la Commission de la concurrence²⁶⁵.

L'entrée en vigueur de la loi sur la surveillance des prix ne laisse plus de place à une surveillance similaire qui serait exercée au niveau des cantons. Ceux-ci conservent néanmoins la compétence de décider de tarifs et de prix ou de les approuver, pour autant qu'ils soient compétents dans le domaine en question et que l'ensemble du droit fédéral, y compris les droits fondamentaux de la Constitution fédérale, soit respecté. Du reste, le Surveillant des prix conserve un rôle dans ce cas (cf. [art. 14 LSP](#)).

Enfin, la compétence attribuée à la Confédération par l'[art. 96 al. 2 let. a Cst.](#) recoupe, en partie, celle mentionnée à l'al. 1 de cet article²⁶⁶. En effet, ces deux dispositions constitutionnelles visent l'hypothèse dans laquelle un prix abusif est pratiqué par une entreprise en position dominante. La Constitution fédérale ne crée aucune hiérarchie législative à cet égard. Aussi revient-il au droit ordinaire de poser des règles sur ce point, ce qu'il fait de manière quelque peu floue (cf. [art. 3 al. 3 LCart](#) ainsi qu'[art. 5](#) et [16 LSP](#))²⁶⁷.

IV.8.4.1.3. La concurrence déloyale

La Confédération est enfin tenue de prendre des mesures en vue de lutter contre la concurrence déloyale, ce qui implique de légiférer dans ce domaine. La loyauté de la concurrence renvoie aux règles de la bonne foi.

L'[art. 96 al. 2 let. b Cst.](#) charge la Confédération de prendre des mesures afin de « lutter contre la concurrence déloyale ». Le principe de la légalité impose un fondement légal à de telles mesures. Dans cette optique, cette disposition constitutionnelle attribue une compétence législative à la Confédération. La Confédération est en outre habilitée à mettre en œuvre la législation fédérale, dans le respect cependant du principe de subsidiarité (art. [5a](#) et [43a](#) Cst.). Tel est très partiellement le cas à l'heure actuelle (cf. [art. 10 LCD](#)). En revanche, l'[art. 96 al. 2 let. b Cst.](#) ne permet pas à la Confédération de prendre des mesures visant les cantons qui se concurrenceraient de manière « déloyale », notamment en matière fiscale, dans le cadre de l'exercice de leur puissance publique²⁶⁸. Cela ne signifie pas pour autant que la législation contre la concurrence déloyale ne s'applique globalement pas aux collectivités publiques. Lorsque celles-ci sont engagées dans le processus économique et qu'elles se comportent de

²⁶⁴ Voir [Message Cst.](#), FF 1997 I 306, où il est question de « mandat impératif ». En doctrine, voir notamment JACOBS, préc., note 254 (p. 2759, n° 31).

²⁶⁵ HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (p. 179, n° 564) ; JACOBS, préc., note 254 (p. 2763, n° 48, qui considère qu'un tel transfert serait souhaitable) ; UHLMANN, préc., note 259 (p. 1548, n° 26) ; BIAGGINI, préc., note 28 (p. 853, n° 11 ad Art. 96).

²⁶⁶ Comp. BIAGGINI, préc., note 28 (p. 852, n° 8 ad Art. 96).

²⁶⁷ Pour une synthèse, voir MARTENET et HEINEMANN, préc., note 249 (pp. 141-145).

²⁶⁸ UHLMANN, préc., note 259 (p. 1549, n° 30).

manière déloyale par rapport au secteur privé, elles sont potentiellement visées par ce domaine du droit²⁶⁹.

La compétence législative de la Confédération permet l'adoption de dispositions de droit privé, de droit administratif et de droit pénal²⁷⁰. Le préambule de la loi contre la concurrence déloyale se réfère aux [art. 95 al. 1](#), [96](#), [97 al. 1 et 2](#) ainsi que [122 al. 1 Cst.](#) La mention de ce dernier article n'est en réalité pas nécessaire. La présence des [art. 95 Cst.](#) et [97 Cst.](#) s'explique par le fait que cette loi est devenue une loi fédérale au contenu très varié, éloigné en partie de considérations liées à la concurrence²⁷¹. Certaines règles se rapportent plutôt à l'exercice d'activités économiques lucratives privées et d'autres plutôt à la protection des consommatrices et consommateurs²⁷². Elles encadrent, elles aussi, la liberté d'entreprise et fixent les règles du jeu minimales de la concurrence afin que celle-ci demeure loyale²⁷³.

IV.8.4.2. Un contrôle des aides d'État très lacunaire

Le contrôle des aides d'État et l'interdiction de certaines d'entre elles constituent le quatrième pilier du droit européen de la concurrence (art. [107](#) et [108](#) TFUE). Un pendant fait défaut en Suisse. Or de telles aides peuvent limiter la concurrence et engendrer des conséquences économiques, voire sociales, dommageables. Une compétence de la Confédération de légiférer sur ce point pourrait être admise, même si l'[art. 96 al. 1 Cst.](#) n'a pas expressément été conçu à cette fin. Cette disposition ne constituerait pas le seul fondement d'une compétence fédérale. Celle-ci se baserait en particulier sur les [art. 95 al. 2](#), [96 al. 1 Cst.](#) et les articles donnant une compétence étendue de la Confédération dans un secteur économique, notamment ceux des services postaux et des télécommunications ([art. 92 Cst.](#)) ou ceux des banques et assurances ([art. 98 Cst.](#)). Une interprétation contemporaine de ces dispositions constitutionnelles, tenant notamment compte de l'exigence de neutralité de l'État en matière de concurrence découlant de l'[art. 94 Cst.](#), serait ainsi privilégiée.

Les aides d'État *cantoniales* ou *communales* problématiques sont susceptibles d'affecter cette neutralité, de cloisonner les marchés cantonaux et de limiter la concurrence²⁷⁴. Il est vrai cependant que l'[art. 96 al. 1 Cst.](#) est censé viser essentiellement les restrictions de la concurrence émanant du secteur privé²⁷⁵ et du secteur public engagé dans le processus économique²⁷⁶. Or les aides d'État sont généralement décidées par des autorités étatiques agissant en tant que titulaires de la puissance publique. Les [art. 92](#), [95 al. 2](#)²⁷⁷ et [98 Cst.](#)

²⁶⁹ Voir JACOBS, préc., note 254 (pp. 2750 et 2763, n^{os} 6 ainsi que 51 et les références).

²⁷⁰ Dans le même sens, quoiqu'implicitement, AUBERT, préc., note 261 (pp. 753-754, n^o 12).

²⁷¹ Comp. JACOBS, préc., note 254 (p. 2764, n^o 54).

²⁷² Voir notamment JACOBS, préc., note 254 (p. 2764, n^o 54).

²⁷³ MARTENET V. et PICHONNAZ P. : « Introduction générale », in MARTENET V. et PICHONNAZ P. : *Loi contre la concurrence déloyale – Commentaire romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017, xxxvii et 608 pp. (p. 6, n^o 22).

²⁷⁴ Voir notamment HOFMANN, préc., note 57 (pp. 524-525).

²⁷⁵ Voir notamment AUBERT, préc., note 261 (p. 752, n^o 9).

²⁷⁶ Voir notamment BIAGGINI, préc., note 28 (p. 852, n^o 7 ad Art. 96).

²⁷⁷ Sur ce point, voir spécialement OESCH, M. : « Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer », *RDS* 2012 I, pp. 255-284 (p. 277) et « Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone », *PJA* 2013, pp. 1337-1348 (pp. 1343-1344). Cet auteur considère que l'art. 95 al. 2 Cst. peut servir de base à des règles fédérales prévoyant un contrôle sur les règles de droit et pratiques cantonales notamment en matière d'octroi de subventions lorsque celles-ci sont susceptibles de créer des distorsions de la concurrence au sein du marché intérieur. Dans le même sens, DIEBOLD, N. F. : « Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz », in COTTIER T. et OESCH M. (édit.) : *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020, pp. 465-535 (pp. 490-491, n^o 21 et les références) ; RENFER, S. : « Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz », *Jusletter* du 14 mars 2022, pp. 1-22 (pp. 8-12).

notamment fourniraient toutefois aussi un fondement à une éventuelle législation fédérale. La [loi fédérale sur le marché intérieur](#) ne contient, pour l'heure, aucune disposition régissant spécifiquement les aides d'État, même s'il n'est pas exclu qu'elle puisse s'appliquer notamment à des situations engendrant des discriminations entre entreprises²⁷⁸.

La création d'un mécanisme de contrôle indépendant des aides d'État *fédérales* ne soulève, pour sa part, aucune difficulté constitutionnelle particulière ; une compétence fédérale tacite est au moins donnée²⁷⁹. On signalera que le législateur fédéral est déjà intervenu en la matière, y compris pour contrôler des aides cantonales ou communales dans le domaine du transport aérien. Ainsi, l'[art. 103](#) de la [loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation](#)²⁸⁰ met en œuvre l'[art. 13](#) de l'[accord du 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union européenne sur le transport aérien](#)²⁸¹.

ENCADRÉ 56

Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, art. 103

¹ La Commission de la concurrence examine la compatibilité avec l'art. 13 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien :

- a. des projets de décisions du Conseil fédéral favorisant certaines entreprises ou la production de certains produits entrant dans le champ d'application de l'accord, notamment des prestations, des participations et des aides financières prévues aux art. 101, 102 et 102a de la présente loi ;
- b. des mesures similaires de soutien des cantons et des communes, ainsi que d'autres corporations ou établissements suisses d'économie mixte ou de droit public ;
- c. des mesures similaires de soutien de la Communauté européenne ou de ses États membres.

² La Commission de la concurrence est indépendante du Conseil fédéral et de l'administration lors de l'examen.

³ Les autorités chargées de prendre une décision tiennent compte du résultat de l'examen

Le contrôle des aides d'État et l'interdiction de certaines d'entre elles constituent le quatrième pilier du droit de la concurrence dans l'Union européenne. Entre une reprise complète de ces mécanismes et un refus d'entrée en matière se dessine un espace dans lequel prendrait place un nouveau pan de la politique suisse en matière de concurrence. Le droit suisse actuel ne tient en définitive pas pleinement compte du fait que les distorsions de la concurrence émanent aussi de l'État lui-même.

IV.8.5. Le droit du travail

Le droit du travail influe évidemment sur la manière dont les entreprises peuvent utiliser leur liberté entrepreneuriale. Il n'est évidemment pas possible de présenter tous les contours du droit du travail suisse dans la présente étude. En Suisse, le droit du travail relève à la fois du droit privé et du droit public. Il est essentiellement fédéral. Toutefois, des mesures de politique

²⁷⁸ Voir COMMISSION DE LA CONCURRENCE : *Stellungnahme vom 25. Oktober 2021 zuhanden des Bundesgerichts*, DPC 2023/2, pp. 387-393 (pp. 390-393, n^{os} 24-36), en ligne : <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>. Voir en outre OESCH M. et RENFER S.: « Art. 1 BGBM [LMI] », in OESCH M., WEBER R. H. et ZÄCH R. (édit.), *Wettbewerbsrecht II – Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, Orell Füssli, 2021, 1069 pp. (p. 894, n^o 10).

²⁷⁹ Voir, par analogie, l'approche adoptée par le TF à propos de la législation fédérale sur les marchés publics ([ATF 130 I 156](#), c. 2.6).

²⁸⁰ LA ; RS 748.0.

²⁸¹ RS 0.748.127.192.68.

sociale peuvent être adoptées par les cantons et certaines d'entre elles influent directement sur les relations de travail. Il en va particulièrement ainsi du salaire minimum cantonal prévu dans cinq cantons, étant rappelé que le droit fédéral prévoit aussi quelques règles en la matière dont la portée est ciblée ([art. 360a-360f CO](#)). Un salaire minimum cantonal existe ainsi dans les cantons de Bâle-Ville²⁸², de Genève²⁸³, du Jura²⁸⁴, de Neuchâtel²⁸⁵ et du Tessin²⁸⁶. Dans les villes de Zurich et de Winterthour, les citoyennes et les citoyens ont accepté, le 18 juin 2023, l'introduction d'un salaire minimum au niveau communal²⁸⁷. À la demande de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral a élaboré, contre sa volonté, un avant-projet législatif aux termes duquel le champ d'application des clauses des conventions collectives de travail réglant un salaire minimum, qui seraient contraires au droit cantonal, pourrait être étendu et ainsi l'emporter sur ce dernier²⁸⁸.

Le contrat de travail est, s'agissant du droit privé, régi par le Code des obligations ([art. 319-362 CO](#)). Le régime juridique prévu par ces articles est plutôt d'inspiration libérale. Les règles relatives au recours au contrat de travail à durée indéterminée²⁸⁹, à l'obligation de motiver le congé seulement à la demande de l'autre partie²⁹⁰, à la résiliation des rapports de travail ainsi que celles sur les congés abusifs²⁹¹ sont particulièrement illustratives à cet égard. Cette forme de libéralisme est généralement présentée comme un aspect important de la liberté d'entreprise en Suisse et de l'attractivité de celle-ci pour des entreprises.

ENCADRÉ 57

Code des obligations du 30 mars 1911, art. 335c, 336 et 336a**Art. 335c (Délais de congé après le temps d'essai)**

¹ *Le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement.*

² *Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.*

²⁸² [Loi du canton de Bâle-Ville du 13 janvier 2021 sur le salaire minimum cantonal.](#)

²⁸³ Art. 39i-39n de la [loi genevoise du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations de travail.](#)

²⁸⁴ [Loi jurassienne du 22 novembre 2017 sur le salaire minimum cantonal.](#)

²⁸⁵ Art. 32a-32e de la [loi neuchâteloise du 25 mai 2004 sur l'emploi et l'assurance-chômage.](#) Voir [ATF 143 I 403](#). Sur cet arrêt, voir *supra* III.10.1.

²⁸⁶ [Loi tessinoise du 11 décembre 2019 sur le salaire minimum.](#)

²⁸⁷ S'agissant de la ville de Zurich, voir : https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_departement/strategie/existenzsicherung/mindestlohn.html#. S'agissant de la ville de Winterthour, voir <https://stadt.winterthur.ch/themen/leben-in-winterthur/arbeitssteuern/mindestlohn-in-winterthur>.

²⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, « Ouverture de la procédure de consultation relative à la modification de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail », Communiqué de presse du 24 janvier 2024, en ligne : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-99801.html>.

²⁸⁹ Voir notamment WYLER, R., HEINZER, B. et WITZIG, A. : *Droit du travail*, 5^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2024 (à paraître), env. 1500 pp. (pp. 672-674).

²⁹⁰ Voir notamment WYLER, HEINZER et WITZIG, préc. note 289 (pp. 705-706) ; WITZIG, A. : *Droit du travail*, Genève et Zurich, Schulthess, 2018, 738 pp. (pp. 264-266, n^{os} 727-734).

²⁹¹ Voir notamment WYLER, HEINZER et WITZIG, préc. note 289 (pp. 853-855) ; BRUCHEZ, C., MANGOLD, P. et SCHWAAB, J. C. : *Commentaire du contrat de travail*, 4^{ème} éd., Berne, USS, et Lausanne, Réalités sociales, 2019, 639 pp. (pp. 376 et 389).

³ Si l'employeur résilie le contrat de travail et que le travailleur bénéficie du congé de l'autre parent au sens de l'art. 329g avant la fin du contrat de travail, le délai de congé est prolongé du nombre de jours de congé qui n'ont pas été pris.

Art. 336 (Résiliation abusive – Principe)

1 Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

- a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ;
- b. en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ;
- c. seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail ;
- d. parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail ;
- e. parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

2 Est également abusif le congé donné par l'employeur :

- a. en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale ;
- b. pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.
- c. sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).

3 Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.¹

Art. 336a (Résiliation abusive – Sanction)

¹ La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.

² L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre.

³ En cas de congé abusif au sens de l'art. 336, al. 2, let. c, l'indemnité ne peut s'élever au maximum qu'au montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur.

Ainsi, les délais de congé sont relativement brefs en Suisse. De plus, même en cas de résiliation abusive d'un contrat de travail, la relation de travail prend fin et le travailleur abusivement licencié n'a droit qu'à une indemnité ne pouvant dépasser six mois de salaire²⁹².

ENCADRÉ 58

ATF 148 II 551 du 31 octobre 2022, c. 6.4 (références omises)

Il convient de rappeler la nature de l'indemnité pour licenciement abusif prévue à l'art. 336a CO. La jurisprudence a précisé que cette indemnité a une double finalité, réparatrice et punitive. La finalité réparatrice de l'indemnité découle notamment du fait qu'elle couvre en principe tout le tort moral subi

²⁹² Sur les conséquences procédurales et matérielles de cette limite, voir [ATF 131 III 243](#), c. 5 ; voir également [ATF 135 III 405](#), c. 3.

par le travailleur licencié, qu'elle est versée à la victime elle-même, et qu'elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage. Cette finalité se reflète également dans certains des critères à prendre en compte dans la fixation du montant de l'indemnité, tels que la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'employé, la durée de la relation de travail ou encore les effets du licenciement. La finalité punitive de l'indemnité, quant à elle, vise à sanctionner un comportement fautif de l'ancien employeur au moyen d'une prestation matérielle, sans que l'employé n'ait à démontrer une quelconque atteinte à sa personnalité.

Outre le Code des obligations, la [loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce](#)²⁹³ constitue l'autre grande loi régissant le travail en Suisse. Elle est complétée par d'autres lois fédérales et par de nombreuses ordonnances fédérales. Elle a notamment pour but de protéger la santé des travailleurs, de fixer des règles sur la durée du travail et le repos ou encore de prévoir des dispositions spéciales de protection pour les jeunes travailleurs, les femmes enceintes et les mères qui allaitent et les travailleurs ayant des responsabilités familiales. La liberté d'entreprise est certes encadrée de manière importante par cette législation, mais celle-ci ménage celle-là sur des points sensibles, par exemple celui de la durée maximum de la semaine de travail.

ENCADRÉ 59

Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), art. 9

¹ La durée maximale de la semaine de travail est de :

- a. 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail ;
- b. 50 heures pour tous les autres travailleurs.

² ...

³ Pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, la durée maximum de la semaine de travail peut, par ordonnance, être temporairement prolongée de quatre heures au plus, à la condition qu'elle ne soit pas dépassée en moyenne annuelle.

⁴ Pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ou pour certaines entreprises, le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) peut accorder l'autorisation de prolonger la durée maximum de la semaine de travail de quatre heures au plus, si des raisons impérieuses le justifient.

⁵ Lorsque des employés de bureau, des techniciens ou d'autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, sont occupés dans la même entreprise ou partie d'entreprise avec des travailleurs pour lesquels la durée maximum de la semaine de travail est plus longue, cette durée vaut pour les uns comme pour les autres.

IV.8.6. Le droit pénal

La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération ([art. 123 Cst.](#)). Les normes pénales fédérales se trouvent dans le [Code pénal suisse du 21 décembre 1937](#)²⁹⁴ et dans des lois spéciales. L'ensemble de ces normes encadrent et limitent la liberté d'entreprise en Suisse. Le droit pénal économique est devenu une matière en soi.

²⁹³ Loi sur le travail, LTr ; RS 822.11.

²⁹⁴ CP ou CPS ; RS 311.0.

En règle générale, les sanctions pénales sont infligées à des personnes physiques. Néanmoins, la responsabilité pénale et la punissabilité de l'entreprise sont prévues par le droit suisse si diverses conditions sont réunies (art. 102 CP). La liberté de l'entreprise est alors directement restreinte par le droit pénal, étant noté que le système actuel comporte des zones floues et que son efficacité pourrait être améliorée sur les plans matériel et procédural²⁹⁵. La responsabilité pénale de l'entreprise suppose qu'une infraction pénale a été commise au sein de celle-ci dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts²⁹⁶.

ENCADRÉ 60

Code pénal suisse du 21 décembre 1937, art. 102

1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

2 En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter} [Organisations criminelles et terroristes], 260^{quinquies} [Financement du terrorisme], 305^{bis} [Blanchiment d'argent], 322^{ter} [Corruption active], 322^{quinquies} [Octroi d'un avantage], 322^{septies}, al. 1 [Corruption d'agents publics étrangers], ou 322^{octies} [Corruption privée active], l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

3 Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

4 Sont des entreprises au sens du présent titre :

- a. les personnes morales de droit privé ;
- b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales ;
- c. les sociétés ;
- d. les entreprises en raison individuelle.

Le droit cantonal conserve une certaine pertinence, car les cantons peuvent légiférer sur des contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale ([art. 335 al. 1 CP](#)). Cette disposition pénale concerne notamment la publicité sur le domaine public²⁹⁷ ou, plus largement, la police ou l'exercice du commerce qui relèvent largement de la compétence des cantons. La législation dans ces domaines peut ainsi comprendre des normes pénales²⁹⁸. Ainsi, la liberté individuelle peut également être encadrée et limitée par le droit pénal cantonal.

IV.8.7. Le droit de séjour et d'établissement

IV.8.7.1.1. Les ressortissants suisses

En Suisse, le droit de séjour et d'établissement est régi par diverses règles dont certaines seulement sont constitutionnelles. La liberté d'établissement et la pleine protection contre

²⁹⁵ Voir WENK J. : *Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht*, Zurich, Dike, 2024, xlv et 267 pp (pp. 263-267, pour une synthèse).

²⁹⁶ [ATF 142 IV 333](#), c. 4, JdT 2017 IV 187 ; voir aussi [ATF 146 IV 68](#), c. 2.3-2.4, JdT 2020 IV 256.

²⁹⁷ Voir [ATF 125 I 369](#), c. 4b/c, JdT 2000 I 826.

²⁹⁸ Voir, par ex., art. 51-53 de la loi neuchâteloise du 18 février 2014 sur la police du commerce ; art. 29 de la loi valaisanne du 8 février 2007 sur la police du commerce ; art. 36 et 37 de la loi fribourgeoise du 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce.

l'expulsion ne bénéficient toutefois qu'aux ressortissantes et ressortissants suisses ([art. 24 et 25 al. 1 Cst.](#)).

ENCADRÉ 61

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 24

¹ *Les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays.*

² *Ils ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer.*

Dans une perspective économique, « [t]oute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3 [LMI] » ([art. 2 al. 4 LMI](#)). Il en résulte une liberté d'établissement en matière économique²⁹⁹ dont peuvent se prévaloir les ressortissants suisses et les autres titulaires de la liberté économique, en tenant cependant compte de l'[art. 1 al. 1 LMI](#) aux termes duquel cette loi « *garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse* »³⁰⁰.

IV.8.7.1.2. Les ressortissants de l'Union européenne ou de l'AELE

Les personnes salariées et les indépendantes possédant la nationalité d'un des États parties à l'ALCP ou d'un État membre de l'AELE disposent du droit d'entrée, de séjour et d'accès à un emploi en Suisse ([art. 3 et 4 ALCP](#) ; [art. 6 ss](#) et [12 ss Annexe I ALCP](#)). La réciprocité est accordée aux personnes de nationalité suisse dans l'Union européenne et l'AELE. Les ressortissantes et ressortissants des États membres de l'Union européenne ainsi que des États membres de l'AELE qui séjournent et exercent une activité lucrative en Suisse reçoivent une autorisation de séjour « ordinaire » (permis B UE/AELE) ou de courte durée (permis L UE/AELE) en Suisse. L'autorisation « ordinaire » a une durée de validité de cinq ans ; celle de courte durée est accordée pour une période de trois mois à une année, en fonction de la durée du contrat de travail. Les personnes ayant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne ainsi que des États faisant partie de l'AELE bénéficient de la mobilité géographique en Suisse ([art. 7 let. b ALCP](#), [arts. 8 et 14 Annexe I ALCP](#)). Il sera encore précisé que les ressortissants de l'Union européenne et de l'AELE peuvent créer leur propre entreprise en Suisse. Ils doivent apporter la preuve d'une activité lucrative à leur compte au moyen d'une attestation d'un capital de départ et d'une inscription au registre du commerce. L'ALCP contribue ainsi à l'effectivité de la liberté d'entreprise dans une perspective transfrontalière européenne.

Les personnes ressortissantes des États membres de l'Union européenne et de l'AELE peuvent obtenir une autorisation frontalière (permis G UE/AELE) leur permettant de travailler en Suisse, tout en restant domiciliées dans l'Union européenne. Elles sont autorisées à loger dans quelque région de l'Union européenne ou de l'AELE que ce soit durant la semaine, mais doivent retourner au moins une fois par semaine à leur domicile à l'étranger ([art. 7 al. 1](#) et [13 al. 1 Annexe I ALCP](#)). Les autorisations frontalières ne sont pas contingentées ([art. 10 al. 7 ALCP](#)). La mobilité géographique professionnelle est pleinement garantie ([art. 4 al. 3 OLCP](#)).

Après un séjour de cinq ou dix ans en Suisse, les ressortissantes et ressortissants des États membres de l'Union européenne ou de l'AELE peuvent obtenir une autorisation

²⁹⁹ DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (p. et 231, n° 257).

³⁰⁰ Voir OESCH et RENFER, préc. note 278 (pp. 894-895, n° 11) ; DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (p. 225, n° 237 et les références).

d'établissement (permis C UE/AELE ; [art. 5 OLCP](#)). L'octroi d'une autorisation d'établissement n'entraîne cependant pas un saut qualitatif considérable quant à leur situation en Suisse.

L'ALCP tend à offrir aux personnes ayant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne ou la nationalité suisse les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail, aussi bien en Suisse que dans l'Union européenne ([art. 1 let. d ALCP](#)). L'interdiction de la discrimination se trouve, du reste, au cœur de l'ALCP, à tel point qu'elle est formulée comme une garantie générale ([art. 2 ALCP](#)). Les droits et devoirs des ressortissantes et ressortissants de l'Union européenne et de l'AELE ayant leur domicile en Suisse sont dès lors, dans une très large mesure similaires à ceux des personnes de nationalité suisse. Il en va notamment ainsi de l'accès à la propriété ([art. 7 let. f ALCP](#) et [25 Annexe I ALCP](#)) ou du droit à des prestations sociales ([art. 8 ALCP](#) et [Annexe II ALCP](#)) ou encore de la jouissance de la liberté économique, laquelle englobe la liberté d'entreprise.

IV.8.7.1.3. Les ressortissants des États tiers

Les ressortissantes et ressortissants des États tiers restent soumis au droit ordinaire suisse des personnes étrangères, sous réserve des personnes tombant dans le champ d'application de l'ALCP (regroupement familial, prestations de services) ou dans celui du droit d'asile. La [loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration](#) (LEI)³⁰¹ constitue le principal acte normatif dans ce domaine. Cette loi peut aussi s'appliquer aux personnes pouvant se prévaloir de l'ALCP ou de l'[Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention de l'AELE](#), si ces textes n'en disposent pas autrement ou si la loi précitée prévoit des dispositions plus favorables ([art. 2 al. 2 et 3 LEI](#)).

La législation suisse fait une différence entre les autorisations de séjour sans activité lucrative ([art. 10 LEI](#)) et celles avec une telle activité ([art. 11 LEI](#)). L'activité lucrative peut être salariée ou indépendante ([art. 18 et 19 LEI](#)). Une autre distinction a trait à la durée du séjour en Suisse. L'autorisation de courte durée (permis L) est octroyée pour une durée limitée d'une année au plus, mais peut être prolongée jusqu'à une durée totale de deux ans ([art. 32 al. 1 et 3 LEI](#)). L'autorisation de séjour « ordinaire » (permis B) est accordée pour un séjour de plus d'une année ([art. 33 al. 1 LEI](#)). L'autorisation de séjour initiale est valable une année et peut être prolongée de deux ans ([art. 58 OASA - Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative](#)). Elle peut ensuite être renouvelée d'année en année. Lors de l'octroi comme de la prolongation de l'autorisation, il sera tenu compte du niveau d'intégration de la personne étrangère dans la fixation de la durée de validité du titre ([art. 33 al. 4 LEI](#)).

Les personnes souhaitant exercer une activité lucrative en Suisse peuvent obtenir une autorisation de séjour de courte durée ou « ordinaire ». Le nombre annuel d'autorisations de courte durée initiales ainsi que celui des autorisations de séjour initiales en vue de l'exercice d'une activité lucrative sont limités ([art. 20 LEI](#) ; [art. 19-20a OASA](#) ainsi qu'[Annexes 1 et 2 OASA](#)). Il s'agit, en d'autres termes, de contingents d'autorisations. Les conditions d'admission sont strictes :

1. Aucune travailleuse ou aucun travailleur ne doit être disponible ni sur le marché du travail intérieur ni sur les marchés du travail de l'UE/AELE ([art. 21 LEI](#)).
2. Les conditions de rémunération et de travail – y compris les prestations sociales – accordées à une telle personne doivent correspondre à celles qui sont usuelles au lieu de l'activité, pour la profession ainsi que dans la branche ([art. 22 LEI](#)).

³⁰¹ LEI ; RS 142.20.

3. L'admission est limitée aux cadres, spécialistes et autres travailleuses et travailleurs qualifié-es ([art. 23 LEI](#)).
4. La personne étrangère doit enfin disposer d'un logement approprié ([art. 24 LEI](#)).

Diverses dérogations aux conditions d'admission sont possibles ([art. 30 LEI](#) ; [art. 26-53 OASA](#)). La mobilité géographique et professionnelle des titulaires d'une autorisation de séjour est, à certains égards, réduite ([art. 36-38 LEI](#)).

Les ressortissantes et ressortissants d'États tiers possédant un droit de séjour durable dans un État voisin et résidant en zone frontalière depuis six mois au moins ([art. 25 al. 1 let. a LEI](#)) peuvent solliciter une autorisation frontalière (permis G), non contingentée. Une telle autorisation permet d'exercer une activité lucrative dans une zone frontalière et comporte l'obligation, pour les titulaires, de regagner au moins une fois par semaine leur lieu de résidence à l'étranger ([art. 25 al. 1 let. b](#) et [35 al. 1 à 3 LEI](#)). La mobilité géographique et professionnelle des titulaires d'une autorisation frontalière est également réduite sur certains points ([art. 39 LEI](#)).

Après dix ans de séjour en Suisse – voire cinq ans pour les personnes ressortissantes de certains États avec lesquels la Suisse a passé une convention internationale (États-Unis, Canada notamment) ou pour celles qui sont aptes à bien communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile ([art. 43 al. 4 LEI](#)) – et en présence d'une intégration suffisante ([art. 34 al. 2 LEI](#)), les personnes étrangères peuvent obtenir une autorisation d'établissement (permis C). Un séjour légal et ininterrompu de cinq ans en Suisse ainsi qu'une intégration suffisante sont aussi requis pour la personne conjointe d'une ressortissante ou d'un ressortissant suisse ([art. 42 al. 3 LEI](#)) ou d'une personne titulaire d'une autorisation d'établissement ([art. 43 al. 5 LEI](#)). En outre, pour la conjointe ou le conjoint et les enfants étrangers de la personne titulaire d'une autorisation d'établissement, des exigences linguistiques ou une inscription à un cours de langue sont nécessaires ([art. 43 al. 1 let. d](#)). L'autorisation d'établissement peut être accordée au terme d'un séjour plus court si des raisons majeures le justifient ([art. 34 al. 3 LEI](#)).

L'autorisation d'établissement est octroyée pour une durée indéterminée et sans conditions ([art. 34 al. 1 LEI](#)). Elle améliore considérablement la situation juridique de ses titulaires en Suisse. La personne étrangère au bénéfice d'une autorisation d'établissement jouit notamment de la mobilité géographique et professionnelle ([art. 37 al. 3](#) et [38 al. 4 LEI](#)). Si cette personne quitte la Suisse, elle peut demander le maintien de l'autorisation d'établissement pour une période de quatre ans ([art. 61 al. 2, 2e phrase, LEI](#)).

Les personnes étrangères au bénéfice d'une autorisation d'établissement sont celles dont le statut se rapproche le plus de celui des personnes suisses. Ainsi, la [loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger](#) (LFAIE)³⁰² ne leur est pas applicable ([art. 5 al. 1 let. a^{bis} LFAIE](#)). Les différences de traitement frappant cette catégorie de personnes étrangères ont tendance à disparaître. Les différences les plus importantes qui subsistent concernent les droits politiques, les obligations militaires et l'accès à certains postes de la fonction publique.

³⁰² LFAIE, RS 211.412.41.

IV.8.8. La circulation des services

La libre circulation des services à l'intérieur de la Suisse est garantie par la liberté économique et la [loi fédérale sur le marché intérieur](#)³⁰³. Elle n'est cependant pas absolue, car des restrictions demeurent possibles aux conditions de l'[art. 3 LMI](#) et, pour la liberté économique, de l'[art. 36 Cst.](#)

S'agissant des relations entre la Suisse et l'Union européenne, il sied tout d'abord de rappeler que, compte tenu d'un arrêt de principe de la Cour de justice de l'Union européenne qui concernait d'ailleurs une société de droit suisse ayant son siège et sa direction générale à Saint-Gall en Suisse, une société établie dans un État tiers ne saurait invoquer les [art. 56 TFUE](#) et suivants³⁰⁴.

ENCADRÉ 62

CJUE, arrêt *Fidium Finanz AG* du 3 octobre 2006 (GC), aff. C-452/04, sommaire (2)

Un régime national en vertu duquel un État membre soumet à un agrément préalable l'exercice de l'activité d'octroi de crédits à titre professionnel, sur son territoire, par une société établie dans un État tiers, et en vertu duquel un tel agrément doit être refusé notamment lorsque ladite société n'a pas sa direction générale ou une succursale sur ce territoire, ayant pour effet d'entraver l'accès au marché financier d'un État membre des sociétés établies dans des États tiers, affecte de manière prépondérante l'exercice de la libre prestation des services au sens des articles 49 CE [56 TFUE] et suivants.

Dès lors que les effets restrictifs d'un tel régime sur la libre circulation des capitaux ne sont qu'une conséquence inéluctable de la restriction imposée à l'égard des prestations de services, il n'y a pas lieu d'examiner la compatibilité de ce régime avec les articles 56 CE [63 TFUE] et suivants.

Une société établie dans un État tiers ne saurait invoquer les articles 49 CE [56 TFUE] et suivants. En effet, contrairement au chapitre du traité relatif à la libre circulation des capitaux, celui portant sur la libre prestation des services ne comporte aucune disposition qui étende le bénéfice de ses dispositions aux prestataires de services ressortissants d'État tiers et établis à l'extérieur de l'Union européenne, l'objectif de ce dernier chapitre étant d'assurer la libre prestation des services au profit des ressortissants d'États membres.

Entre l'Union européenne et la Suisse, plusieurs accords bilatéraux contribuent, certes de manière partielle, à la circulation des services. L'Accord sur la libre circulation des personnes prévoit, comme son nom l'indique, la libre circulation des personnes. Celle-ci est complétée par des règles portant notamment sur la reconnaissance des diplômes professionnels, certificats et autres titres, l'acquisition des biens immobiliers et la coordination des systèmes de sécurité sociale, lesquelles facilitent la circulation des services entre l'Union européenne et la Suisse ([art. 9 ALCP](#) et [Annexe III ALCP](#)). De plus, les prestataires de services bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour maximum de 90 jours ouvrables ([art. 5 al. 1 ALCP](#) et [17 let. a Annexe I ALCP](#)). Si la prestation est accomplie dans un domaine couvert par un accord bilatéral spécifique entre la Suisse et l'Union européenne sur les services, ce droit de séjour est garanti pendant toute la durée de la prestation ([art. 5 al. 2 let. a ALCP](#) et [17 let. b/i Annexe I ALCP](#)).

Les accords bilatéraux sur les transports, quant à eux, contribuent spécifiquement, entre autres, à la libre circulation des services entre l'Union européenne et la Suisse. Un premier

³⁰³ DIEBOLD et RÜTSCHÉ, préc., note 27 (pp. 220-224 et 231, n^{os} 218-231 et 256). Pour le surplus, voir *supra* II.2.1.1 et III.1.

³⁰⁴ CJUE, [arrêt *Fidium Finanz AG*](#) du 3 octobre 2006 (GC), aff. C-452/04, pt. 47.

accord porte sur le transport de marchandises par rail et par route³⁰⁵, un second sur le transport aérien³⁰⁶. La Suisse a aussi conclu des accords sur le transport routier avec des États qui ne font pas partie de l'Union européenne, par exemple avec le Royaume-Uni³⁰⁷. De plus, l'accord bilatéral sur les marchés publics³⁰⁸ influe, lui aussi, sur la circulation des services entre l'Union européenne et la Suisse. Enfin, d'autres accords bilatéraux ayant un impact sur la circulation des services pourraient être conclus à l'avenir par l'Union européenne et la Suisse. On songe notamment au domaine de l'électricité³⁰⁹.

IV.8.9. Les mouvements de capitaux

La libre circulation des capitaux est garantie à l'intérieur de la Suisse par le biais de la liberté économique et la [loi fédérale sur le marché intérieur](#) ainsi que la législation en matière bancaire et financière.

La Suisse n'a pas conclu d'accord bilatéral avec l'Union européenne portant sur la libre circulation des capitaux. Toutefois, elle bénéficie du régime prévu par les [art. 63 à 66 TFUE](#). Ainsi, l'[art. 63 TFUE](#) interdit toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres ainsi qu'entre les États membres et les pays tiers. Or la Suisse fait partie de ces derniers. Des exceptions peuvent exister, conformément à l'[art. 64 TFUE](#).

Par ailleurs, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la libre circulation des capitaux et, plus spécifiquement, aux mouvements de capitaux entre les États membres et des pays tiers³¹⁰. L'arrêt de principe rendu par la Cour de justice concerne spécialement la relation entre un État membre de l'Union européenne – en l'occurrence l'Allemagne – et la Suisse. La Cour de justice est parvenue à la conclusion que :

ENCADRÉ 63

CJUE, [arrêt X GmbH](#) du 26 février 2019 (GC), aff. C-135/17, dispositif (3)

L'article 63, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, en vertu de laquelle les revenus réalisés par une société établie dans un pays tiers ne provenant pas d'une activité propre de cette société, tels que ceux qualifiés de « revenus intermédiaires ayant la nature de capitaux placés », au sens de cette réglementation, sont incorporés, au prorata de la participation détenue, dans l'assiette fiscale d'un assujetti résidant dans cet État membre, lorsque cet assujetti détient une participation d'au moins 1 % dans ladite société et lorsque ces revenus sont soumis, dans ce pays tiers, à un niveau d'imposition plus faible que celui existant dans l'État membre concerné, à moins qu'il existe un cadre juridique prévoyant, notamment, des obligations conventionnelles de nature à habiliter les autorités fiscales nationales dudit État membre à contrôler, le

³⁰⁵ [Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté \[Union aujourd'hui\] européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route](#) (RS 0.740.72).

³⁰⁶ [Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté \[Union aujourd'hui\] européenne sur le transport aérien](#) (RS 0.748.127.192.68)

³⁰⁷ [Accord du 25 janvier 2019 entre la Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux transports internationaux par route de personnes et de marchandises](#) (RS 0.741.619.367).

³⁰⁸ [Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté \[Union aujourd'hui\] européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics](#) (RS 0.172.052.68).

³⁰⁹ Voir le mandat de négociation définitif selon la décision du Conseil fédéral du 8 mars 2024, ch. 1, en ligne : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/86555.pdf>.

³¹⁰ Voir spécialement CJUE, [arrêt X GmbH](#) du 26 février 2019 (GC), aff. C-135/17. Sur la portée de cet arrêt par rapport aux États tiers, voir notamment SICARD, F. : « Libre circulation des capitaux », *Annuaire de droit de l'Union européenne* 2019, pp. 651-672 (pp. 666-671).

cas échéant, la véracité des informations relatives à cette même société fournies aux fins de démontrer que la participation dudit assujéti dans cette dernière ne procède pas d'un dispositif artificiel.

IV.8.10. La publicité de produits ou de services

La liberté – non absolue – de faire de la publicité est protégée par la liberté économique ([art. 27 Cst.](#))³¹¹ et par l'[art. 10 CEDH](#)³¹². Des restrictions sont néanmoins possibles et valables si elles respectent les conditions de l'[art. 36 Cst.](#) Elles relèvent du droit fédéral, du droit cantonal ou même, selon les cantons, du droit communal. Le régime suisse est plutôt libéral, même si la liberté d'entreprise est encadrée et limitée par de nombreuses règles de droit relevant du droit privé, du droit pénal et du droit administratif.

Les principales restrictions générales sont fixées par la [loi fédérale contre la concurrence déloyale](#) (LCD). L'[article 3 LCD](#) – qui a une double nature civile et pénale – dresse une longue liste des méthodes de publicité et de vente ainsi que d'autres comportements illicites. Cet article est sans doute le cœur – civil et pénal compte tenu de l'[article 23 LCD](#) – de la loi. L'essentiel du contentieux s'y rapporte.

La disposition la plus pertinente pour la publicité concerne la publicité comparative. La publicité *comparative* est licite en droit suisse pour autant que diverses conditions résultant de l'[article 3 al. 1 let. e LCD](#) soient respectées³¹³. Un seul des différents éléments mentionnés à l'article 3 al. 1 let. e LCD – comparaison inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire – suffit pour que la publicité devienne déloyale³¹⁴.

Le Tribunal fédéral considère qu'« à l'instar d'autres méthodes publicitaires, la comparaison doit être objective, véridique et réaliste »³¹⁵. Par ailleurs, une comparaison qui s'appuie sur des données véridiques peut également revêtir un caractère déloyal si ces données sont imprécises, secondaires ou incomplètes et propres à susciter des erreurs auprès d'une partie non négligeable du public³¹⁶. De surcroît, « on ne comparera que ce qui est comparable », ce qui vaut en particulier pour les comparaisons de prix³¹⁷. Il convient de se placer du point de vue du destinataire – du lecteur en cas d'annonce écrite – en déterminant le sens que celui-ci est fondé de bonne foi à donner à la publicité selon l'expérience de la vie et les circonstances du cas particulier³¹⁸. La preuve que le risque de tromperie ou d'erreur s'est concrétisé n'est pas exigée³¹⁹.

³¹¹ Voir notamment MARTENET, préc., note 1 (pp. 801-802, n° 53 et les références) ; WINISTÖRFER, préc., note 2 (pp. 148-149) ; DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (p. 163, n° 48). Voir *supra* III.9.

³¹² CourEDH, [arrêt Sekmadienis Ltd. c. Lituanie](#) du 30 janvier 2018, requête n° 69317/14, § 62 ; CourEDH, [arrêt Casado Coca c. Espagne](#) du 24 février 1994, requête n° 15450/89, §§ 35-37.

³¹³ Voir en particulier l'art. 3 al. 1 let. e LCD.

³¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 18 mai 1983*, Feuille fédérale 1983 II 1037-1137 (p. 1096).

³¹⁵ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.1. La Commission Suisse pour la Loyauté a adopté une règle détaillée qui s'inscrit dans la même perspective (*Règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale*, Zurich, juillet 2023, 41 pp., règle n° B.3, à laquelle la doctrine se réfère, cf. notamment OETIKER, C. et SINGH, P. K.: « Art. 3 al. 1 let e », in JUNG, P. [édit.]: *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Handkommentar*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2023, lxii et 2149 pp. [pp. 577, 580, 582 et 585, n°s 20, 27, 34 et 41] ; STAUBER, D. et ISKIC, M.: « Art. 3 al. 1 let e », in HEIZMANN, R. et LOACKER, L. D. [édit.]: *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar*, Zurich et St-Gall, Dike, 2018, cxxv et 1532 pp. (pp. 477, 479, 487 et 490, n°s 41, 47, 70 et 78).

³¹⁶ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.1.

³¹⁷ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.1. Voir notamment OETIKER et SINGH, préc., note 315 (p. 577, n° 19).

³¹⁸ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.1 et les références.

³¹⁹ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.1.

La publicité *superlative* « se caractérise par le fait que son auteur compare ses propres prestations non pas uniquement avec celles de tel ou tel concurrent déterminé, mais avec les prestations de l'ensemble de la concurrence »³²⁰. Dans la mesure où une telle publicité contient des données concrètes et objectivement vérifiables, elle tombe sous le coup de l'[article 3 al. 1 let. e LCD](#), si bien que ces données doivent être exactes, l'auteur de la publicité superlative supportant le fardeau de la preuve à cet égard³²¹. Plus généralement, selon le Tribunal fédéral, « il convient de faire preuve d'une grande prudence si l'on prétend être unique »³²². En cas de doute, il est préférable d'y renoncer³²³.

En revanche, une réclame *tapageuse* ne prête pas le flanc à la critique sous l'angle de l'[article 3 al. 1 let. e LCD](#)³²⁴. Des règles particulières peuvent toutefois être ancrées dans la législation régissant une profession ou une activité. De telles règles s'appliquent notamment à la profession d'avocat³²⁵ et aux produits thérapeutiques.

ENCADRÉ 64

Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, art. 12 let. d

L'avocat est soumis aux règles professionnelles suivantes :

[...]

d. il peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général ;

[...]

ENCADRÉ 65

Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux, arts. 31, 32 et 51**Section 5 Publicité et comparaisons de prix****Art. 31 Principe**

¹ Est licite :

- a. la publicité pour tous les types de médicaments, pour autant qu'elle s'adresse exclusivement aux personnes qui les prescrivent ou qui les remettent ;*
- b. la publicité destinée au public pour les médicaments non soumis à ordonnance.*

² Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles des comparaisons de prix de médicaments soumis à ordonnance peuvent être publiées.

³ Il peut, pour protéger la santé et empêcher la tromperie, restreindre ou interdire la publicité de certains médicaments ou groupes de médicaments et édicter des prescriptions concernant la publicité transfrontière.

Art. 32 Publicité illicite

¹ Est illicite :

³²⁰ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.2 et la doctrine citée.

³²¹ [ATF 132 III 414](#), c. 4.2.1 ; [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.2 et les références doctrinales. En doctrine, voir notamment STAUBER et ISKIC, préc., note 315 (p. 473, n° 24).

³²² [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.2.

³²³ [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.2.

³²⁴ [ATF 129 III 426](#), c. 3.1.2. Voir notamment OETIKER et SINGH, préc., note 315 (p. 588, n° 47).

³²⁵ Voir *supra* III.9.2.

- a. la publicité trompeuse ou contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs;
- b. la publicité pouvant inciter à un usage excessif, abusif ou inapproprié de médicaments;
- c. la publicité pour les médicaments qui ne peuvent être mis sur le marché ni à l'échelle nationale ni à l'échelle cantonale.

² Est illicite la publicité destinée au public pour les médicaments :

- a. qui ne peuvent être remis que sur ordonnance;
- b. qui contiennent des stupéfiants ou des substances psychotropes visés par la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants ;
- c. qui, du fait de leur composition et de l'usage auquel ils sont destinés, ne peuvent être utilisés pour le diagnostic, la prescription ni le traitement correspondant sans l'intervention d'un médecin ;
- d. qui font fréquemment l'objet d'un usage abusif ou qui peuvent engendrer une accoutumance ou une dépendance.

Art. 51 Publicité

Le Conseil fédéral peut, pour protéger la santé et empêcher la tromperie, restreindre ou interdire la publicité pour certains dispositifs médicaux et édicter des prescriptions concernant la publicité transfrontière.

Enfin, les cantons disposent d'une législation relative à la publicité, notamment sur le domaine public. À titre d'illustration, le canton de Genève s'est doté d'une [loi du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame](#) qui, en vertu de son [art. 1^{er}](#), « a pour but de régler l'emploi des procédés de réclame, afin d'assurer la sécurité routière, la protection des sites et l'esthétique des lieux, ainsi que l'ordre public ». Une [loi du 6 décembre 1988](#) portant le même titre est en vigueur dans le canton de Vaud. La plupart des cantons ont adopté des lois ou règlements similaires. Selon les cantons, des règlements communaux mettent en œuvre tout ou partie de cette législation cantonale.

IV.8.11. Les droits des consommatrices et consommateurs

En vertu de l'[art. 97 al. 1 et 2, 1^{re} phrase, Cst.](#), la Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices et légifère sur les voies de droit ouvertes aux organisations de consommateurs. Elle a utilisé cette compétence à diverses reprises sans toutefois procéder à un véritable effort de systématisation, voire de cohérence juridique. La liberté d'entreprise fait face à de nombreuses règles de droit figurant dans diverses lois fédérales, étant signalé que le droit suisse de la consommation est moins protecteur que le droit européen par exemple³²⁶.

Ainsi, le droit de la consommation est réparti dans de nombreuses lois, essentiellement fédérales. Il limite la liberté d'entreprise en de nombreux points. En comparaison européenne, le droit suisse en ce domaine est cependant moins protecteur que le droit européen. De plus, le Parlement fédéral n'est pas parvenu, pour l'heure, à un accord sur de véritables mécanismes d'action collective que pourraient actionner des consommateurs ou des organisations de consommateurs. Un projet du gouvernement fédéral existe pourtant depuis la fin de l'année 2021³²⁷.

³²⁶ Voir notamment PICHONNAZ, P. : « Art. 97 », in MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp. (p. 2066, nos 34-36).

³²⁷ Message du 10 décembre 2021 sur une modification du Code de procédure civile (Action des organisations et transaction collective), FF 2021 3048 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/3048/fr>), suivi d'un projet, FF 2021 3049 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/3049/fr>).

Des règles générales conférant des droits aux consommatrices et consommateurs ou protégeant ceux-ci se trouvent notamment dans le Code des obligations, la loi fédérale contre la concurrence déloyale, la [loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs](#) (LIC)³²⁸, la [loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits](#) (LRFP)³²⁹ ou encore la [loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits](#) (LSPro)³³⁰. Le [Code pénal suisse](#) contient également des dispositions contribuant à protéger les consommatrices et consommateurs. On songe en particulier aux infractions contre le patrimoine ([art. 137-172^{ter} CP](#)).

L'[art. 8 LCD](#) relatif à l'utilisation de conditions commerciales abusives fournit une bonne illustration d'un certain manque de tranchant du droit suisse de la consommation³³¹, puisque sa mise en œuvre est relativement complexe³³². Cette disposition légale n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucun arrêt significatif du Tribunal fédéral jusqu'à présent, alors qu'il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012³³³.

ENCADRÉ 66

Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, art. 8

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.

Des règles plus spécifiques ou sectorielles figurent dans des lois spéciales. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, on peut notamment mentionner la [loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance](#) (LCA)³³⁴, la [loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait](#)³³⁵ ou encore la [loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation](#) (LCC)³³⁶.

En revanche, le Tribunal fédéral considère qu'une liberté de consommer ou de consommation ne découle pas de la liberté économique³³⁷. Si le Conseil fédéral avait refusé d'élever cette liberté « *au rang de droit protégé par la constitution* » dans le cadre de la mise à jour de celle-ci, il n'avait, à notre sens, pas exclu toute évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point³³⁸.

L'approche suivie par le Tribunal fédéral est critiquée, à juste titre, par une partie importante de la doctrine³³⁹. La crainte qu'une telle extension dénature la liberté économique en la

³²⁸ LIC ; RS 944.0.

³²⁹ LRFP ; RS 221.112.944.

³³⁰ LSPro ; RS 930.11.

³³¹ Dans une optique générale, voir PICHONNAZ, P. : « Switzerland », in WAIS, H. et PFEIFFER, T. (édit.) : *Judicial Review of Commercial Contracts, A Comparative Handbook*, Munich, Beck, 2021, pp. 309-330 (p. 330, n° 113).

³³² Voir notamment PROBST, T. : « Art. 8 », in JUNG, P. [édit.] : *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Handkommentar*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2023, lxii et 2149 pp. (pp. 1331-1332, n°s 479-483).

³³³ PICHONNAZ, préc., note 330 (p. 328, n° 95).

³³⁴ Loi sur le contrat d'assurance, LCA ; RS 221.229.1.

³³⁵ RS 944.3.

³³⁶ LCC ; RS 221.214.1.

³³⁷ [ATF 102 Ia 104](#), c. 7, JdT 1978 I 378. Voir notamment MAHON, préc., note 9 (pp. 239-240, n° 8) ; HÄNNI et STÖCKLI, préc., note 53 (p. 8, n° 40) ; DUBEY, préc., note 3 (p. 467, n° 2804) ; DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (p. 163, n° 49).

³³⁸ Voir [Message Cst.](#), FF 1997 I 178. Sur ce point, voir cependant GRISEL, préc., note 1 (p. 133, n° 275).

³³⁹ Voir notamment VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 138, n°s 56-57) ; MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (p. 1054) ; SCHOTT, préc., note 108 (p. 443, n° 734) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1121-1122, n° 8) ; RHINOW, SCHEFER et UEBERSAX, préc., note 100 (p. 607, n° 3187) ; MARTENET, préc., note 1 (p. 804, n° 67 et les

transformant en une liberté générale d'agir en matière économique³⁴⁰ manque sa cible. Les consommatrices et consommateurs jouent un rôle essentiel dans le processus de concurrence³⁴¹, lequel risque d'être entravé s'ils sont empêchés, sans motif valable, de consommer tel ou tel produit ou de bénéficier de telle ou telle prestation commerciale. Dans de telles situations, on ne saurait d'emblée exclure que des consommatrices et consommateurs se prévalent de l'[art. 27 Cst.](#)³⁴². Aussi la liberté de consommer ne représente-t-elle pas seulement une norme objective fondamentale découlant de cet article³⁴³. L'approche préconisée ici revient *prima facie* à élargir le champ de protection de la liberté économique. Cependant, du moment que celle-ci englobe la liberté contractuelle, elle protège aussi le consommateur qui est empêché de contracter. Il n'y a aucune raison convaincante de ne garantir le bénéfice de la liberté économique qu'à une seule des parties aux contrats de consommation³⁴⁴, spécialement en ce qui concerne l'économie circulaire de partage dans laquelle l'acte de consommer s'inscrit dans une perspective durable et génère ensuite d'autres activités économiques³⁴⁵. Autre est la question de la qualité pour recourir. Celle-ci n'est pas régie par les [art. 7 à 36 Cst.](#), mais par les codes et lois de procédure ainsi par la [loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral](#) (LTF)³⁴⁶ dans les procédures devant celui-ci³⁴⁷.

IV.8.12. Le droit de et à l'environnement

Les entreprises sont évidemment tenues de respecter la législation environnementale. Celle-ci relève essentiellement du droit fédéral en Suisse. La [loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement](#) (LPE)³⁴⁸ a pour but, en vertu de son [art. 1^{er} al. 1](#), de « protéger les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol ». Elle contient ainsi des dispositions sur la « limitation des nuisances » ([art. 11-35h LPE](#)) et est complétée par d'autres lois et de nombreuses ordonnances.

L'exécution de la loi fédérale sur la protection de l'environnement incombe avant tout à la Confédération et aux cantons ([art. 36-41 LPE](#)). Ils sont toutefois tenus de collaborer avec l'économie ([art. 41a LPE](#)) et peuvent notamment favoriser la conclusion d'accords sectoriels en indiquant des objectifs et des délais ([art. 41a al. 2 LPE](#)).

La loi sur la protection de l'environnement prévoit en outre des voies de droit qui peuvent être actionnées par des particuliers, des organisations de protection de l'environnement, des

références). Comp. en outre GRISEL, préc., note 1 (pp. 133 et 180-181, n^{os} 275 et 410, qui juge « regrettable » le fait que l'[art. 27 Cst.](#) ne confère « aucun droit aux consommateurs », en notant cependant que cette limite « ressort de l'histoire et paraît conforme à la volonté du constituant, encore confirmée lors de la mise à jour de 1999 » [p. 133, n^o 275]). Dubitatifs, MALINVERNI, HOTTELLIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (pp. 500-501, n^o 1011).

³⁴⁰ UHLMANN, préc., note 52 (pp. 545-546, n^o 18).

³⁴¹ [Message Cst.](#), FF 1997 I 178 ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1121-1122, n^o 8).

³⁴² RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 88, n^o 32).

³⁴³ Sur ce point, RHINOW, SCHMID, BIAGGINI et UHLMANN, préc., note 1, (p. 88, n^o 32) ; comp VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1121-1122, n^o 8).

³⁴⁴ Dans le même sens, MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (p. 1054).

³⁴⁵ MARTENET, préc., note 1 (p. 804, n^o 67).

³⁴⁶ LTF ; RS 173.110.

³⁴⁷ Dans le même sens, VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 138, n^o 57) ; SCHOTT, préc., note 108 (p. 443, n^o 734).

³⁴⁸ Loi sur la protection de l'environnement, LPE ; RS 814.01.

autorités et des communes ([art. 54-59 LPE](#)). On trouve aussi dans cette loi des dispositions sur la responsabilité civile ([art. 59a-59d LPE](#)) ainsi que des dispositions pénales ([art. 60-62 LPE](#)). Ainsi, en vertu de l'[art. 59a al. 1, 1^{re} phrase, LPE](#), « [l]e détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne ». Cette disposition met en place un régime de responsabilité objective³⁴⁹. Bien que la loi fédérale sur la protection de l'environnement relève essentiellement du droit public, l'[art. 59a LPE](#) renvoie à un régime de droit privé, en instituant une responsabilité objective pour les installations à risque particulier pour l'environnement³⁵⁰. Le régime commun de la responsabilité extra-contractuelle, fondé sur les [art. 41 et suivants CO](#), est au surplus applicable pour les atteintes environnementales provenant d'installations qui ne tombent pas sous le coup du régime précité ou celui d'autres dispositions spéciales, ce qui implique alors l'existence d'une faute et d'un acte illicite³⁵¹. En fin de compte, toutes ces dispositions encadrent et limitent la liberté d'entreprise en Suisse.

Dans ce contexte, il convient de mentionner également, entre autres, la [loi fédérale du 30 septembre 2022 sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique](#) (LCI)³⁵², qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025. L'art. 5 de cette loi fixe des « feuilles de routes pour les entreprises et les branches » prévoyant en particulier que « [t]outes les entreprises doivent avoir ramené leurs émissions à zéro net d'ici à 2050 au plus tard » ([art. 5 al. 1, 1^{re} phrase, LCI](#)). Cette législation n'énonce aucun droit à proprement parler en faveur des individus. Néanmoins, cette question est profondément bouleversée par le récent arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de la Suisse³⁵³.

ENCADRÉ 67

**CourEDH, [arrêt Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse](#) du 9 avril 2024 (GC),
requête n° 53600/20, §§ 573-574**

573. *En conclusion, le processus de mise en place par les autorités suisses du cadre réglementaire interne pertinent a comporté de graves lacunes, notamment un manquement desdites autorités à quantifier, au moyen d'un budget carbone ou d'une autre manière, les limites nationales applicables aux émissions de GES [gaz à effet de serre]. En outre, la Cour a relevé que, de l'aveu des autorités compétentes, l'État n'avait pas atteint ses objectifs passés de réduction des émissions de GES [...]. Faute d'avoir agi en temps utile et de manière appropriée et cohérente pour la conception, le développement et la mise en œuvre du cadre législatif et réglementaire pertinent, l'État défendeur a outrepassé les limites de sa marge d'appréciation et manqué aux obligations positives qui lui incombent en la matière.*

574. *Les constats qui précèdent suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.*

³⁴⁹ Voir notamment REFONDINI A. : « Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile ? », in CHAPPUIS C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 37-51 (pp. 42-43) ; FAVRE A.-C., « Responsabilité pur atteintes à l'environnement : droit privé ou droit public ? », in CHAPPUIS, C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 53-80 (p. 55 et 65).

³⁵⁰ DUPONT A.-S. : « Art. 59a », in MOOR, P., FAVRE, A.-C. et FLÜCKIGER, A. (édit.) : *Loi sur la protection de l'environnement (LPE) – Commentaire*, Berne Stämpfli, 2010 et 2012, 1700 pp. (p. 6, n° 1 ad Art. 59a)

³⁵¹ Voir notamment DUPONT, préc., note 350 (pp. 37-38, n°s 78-80 ad Art. 59a) ; MAHAIM R. : « La responsabilité civile au secours de l'environnement ? Le berger, le prisonnier, le gypaète et le pétrole », in CHAPPUIS C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 21-36 (pp. 23 et 27-28) ; REFONDINI, préc., note 349 (p. 41).

³⁵² LCI : Loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/2403/fr>

³⁵³ CourEDH, arrêt *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* du 9 avril 2024 (GC), requête n° 53600/20.

De plus, les entreprises sont aussi impactées par une récente révision du Code des obligations. Celle-ci met à la charge des grandes entreprises et des institutions financières une obligation de faire rapport sur les questions non financières, notamment en matière environnementale. Cette obligation de transparence ne se limite pas aux objectifs en matière de CO₂, mais s'étend aussi à l'utilisation d'énergies renouvelables, à l'utilisation de l'eau, à la pollution de l'air et aux impacts actuels et prévisibles sur l'environnement des activités de l'entreprise³⁵⁴. Cette révision du Code des obligations ne comble pas toutes les lacunes du droit suisse en ce domaine³⁵⁵, si bien qu'elle pourrait être suivie par une ou plusieurs autres réformes renforçant les devoirs des entreprises notamment en matière environnementale³⁵⁶.

Le rapport établi par une entreprise doit être approuvé et signé par l'organe suprême de direction ou d'administration, puis approuvé par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels. Le 23 novembre 2022, le Conseil fédéral a adopté une [ordonnance relative au rapport sur les questions climatiques](#)³⁵⁷. Cet acte normatif prévoit la mise en œuvre obligatoire des recommandations de la *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* à partir de l'exercice 2024. La révision du [Code des obligations](#) doit être lue en parallèle avec les articles 325^{bis} et 325^{ter} CP, la seconde disposition sanctionnant notamment l'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement des rapports visés aux articles 964a et 964b CO³⁵⁸. Elle ne contient cependant aucune norme spéciale de responsabilité permettant, par exemple, à des victimes d'atteintes environnementales de demander la réparation, devant les tribunaux suisses, de dommages causés hors de Suisse par des entreprises contrôlées par des entreprises soumises aux obligations du Code des obligations³⁵⁹. Ainsi, le régime mis en place par le Code des obligations préserve largement la liberté d'entreprise.

ENCADRÉ 68

Code des obligations du 30 mars 1911, art. 964a-c**Art. 964a Principe**

¹ Les entreprises rédigent annuellement un rapport sur les questions non financières lorsqu'elles :

1. sont des sociétés d'intérêt public au sens de l'art. 2, let. c, de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision [RS 221.302] ;
2. atteignent au cours de deux exercices consécutifs, conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, un effectif de 500 emplois à plein temps au moins en moyenne annuelle, et
3. dépassent au cours de deux exercices consécutifs, conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, au moins une des valeurs suivantes :
 - a. total du bilan: 20 millions de francs,
 - b. chiffre d'affaires: 40 millions de francs.

² Sont libérées de cette obligation, les entreprises qui sont contrôlées par une autre entreprise:

³⁵⁴ Voir notamment CANAPA, D., SCHMID, E. et CIMA, E. : « « Entreprises responsables » : limitations et perspectives », *RDS* 2021 I, pp. 557-582 (p. 565).

³⁵⁵ CANAPA, SCHMID et CIMA, préc., note 354 (pp. 570-572).

³⁵⁶ CANAPA, D., SCHMID, E. et CIMA, E. : « Art. 964a », in TERCIER, P., TRIGO TRINDADE, R. et CANAPA, D. (édit.) : *Code des obligations II – Commentaire romand*, 2 volumes, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2024 (à paraître), cxviii et 4441 pp. (pp. 3284-3285, n^{os} 60-65).

³⁵⁷ RS 221.434.

³⁵⁸ Voir notamment CANAPA, D. : « Articles 964a-964l et responsabilités », in BAHAR, R., CANAPA, D., CHABLOZ, I., HARI, O. et TRIGO TRINDADE, R. (édit.) : *Modernisation du droit de la société anonyme du 19 juin 2020*, Berne, Stämpfli, 2024, 342 pp. (pp. 169-181, spéc. 170-171).

³⁵⁹ Sur cette problématique, voir CANAPA, SCHMID et CIMA, préc., note 354 (pp. 574-581 et les références).

1. à laquelle l'al. 1 est applicable, ou
2. qui doit établir un rapport équivalent en vertu du droit étranger.

Art. 964b But et contenu du rapport

¹ Le rapport sur les questions non financières rend compte des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO2, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption. Le rapport contient les informations qui sont nécessaires pour comprendre l'évolution des affaires, la performance et la situation de l'entreprise ainsi que les incidences de son activité sur ces questions.

² Ce rapport comprend notamment :

1. une description du modèle commercial de l'entreprise ;
2. une description des concepts appliqués en ce qui concerne les questions mentionnées à l'al. 1, y compris les procédures de diligence mises en œuvre ;
3. une description des mesures prises en application de ces concepts ainsi qu'une évaluation de l'efficacité de ces mesures ;
4. une description des principaux risques liés aux questions mentionnées à l'al. 1 et la manière dont l'entreprise gère ces risques; les risques déterminants sont :
 - a. ceux qui découlent de l'activité propre de l'entreprise, et
 - b. lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, ceux qui découlent de ses relations d'affaires, de ses produits ou de ses services;
5. les indicateurs clés de performance dans les domaines mentionnés à l'al. 1, qui sont déterminants pour l'activité de l'entreprise.

³ Si le rapport se base sur des réglementations nationales, européennes ou internationales, comme les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la réglementation applicable doit être mentionnée dans le rapport. En cas d'application d'une de ces réglementations, l'entreprise doit veiller à ce que les exigences du présent article soient remplies. Le cas échéant, elle doit rédiger un rapport supplémentaire.

⁴ Lorsqu'une entreprise contrôle, seule ou conjointement avec d'autres entreprises, une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères, le rapport s'étend à l'ensemble de ces entreprises.

⁵ Lorsque l'entreprise n'applique pas de concept en ce qui concerne une ou plusieurs des questions mentionnées à l'al. 1, elle intègre dans le rapport une explication claire et motivée des raisons le justifiant.

⁶ Le rapport est rédigé dans une langue nationale ou en anglais.

Art. 964c Approbation, publication, tenue et conservation

¹ Le rapport sur les questions non financières doit être approuvé et signé par l'organe suprême de direction ou d'administration, et approuvé par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels.

² L'organe suprême de direction ou d'administration veille à ce que le rapport :

1. soit publié par voie électronique immédiatement après son approbation;
2. reste accessible au public pendant au moins dix ans.

³ L'art. 958f s'applique par analogie à la tenue et à la conservation des rapports.

Enfin, le droit cantonal revêt aussi une certaine pertinence dans ce domaine, même si la protection de l'environnement est très largement une compétence fédérale en Suisse, compte tenu de l'[art. 74 Cst.](#) La règle de droit la plus emblématique se trouve dans la [Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012](#), laquelle garantit le droit de vivre dans un environnement sain.

ENCADRÉ 69

Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, art. 19

Toute personne a le droit de vivre dans un environnement sain.

IV.8.13. Autres limites et défis

Il convient enfin de mentionner quelques défis importants qui façonneront et renforceront ou, à l'inverse, limiteront la liberté d'entreprise à l'avenir.

IV.8.13.1.1. L'usage accru ou privatif du domaine public

La liberté économique confère un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public dont bénéficient à la fois des individus et des entreprises³⁶⁰. Certains acteurs économiques exercent leur activité sur le domaine public. On songe notamment à des services de taxi ou à des cirques. Les priver d'un tel usage revient pratiquement à les forcer à renoncer à leur activité ou, du moins, à réduire considérablement la portée de cette dernière. L'usage privatif ou exclusif du domaine public³⁶¹ n'implique pas l'inapplicabilité de l'[art. 27 Cst.](#)³⁶², car cette disposition, couplée avec l'[art. 94 Cst.](#), régit la procédure d'octroi de la concession à un tiers et requiert en principe d'organiser un appel d'offres³⁶³. Il sera signalé, en passant, que la liberté économique ne permet en principe pas d'exiger de pouvoir bénéficier d'un usage du patrimoine administratif à d'autres fins que le but d'intérêt public poursuivi par l'État³⁶⁴. Le Tribunal fédéral admet néanmoins un droit conditionnel à l'utilisation de biens publics ou d'infrastructures dans certaines circonstances³⁶⁵. Cela suppose en particulier qu'une telle utilisation soit nécessaire à l'exercice du droit fondamental en jeu et n'entrave pas le but d'intérêt public poursuivi par l'État. Les exemples relatifs à la liberté d'entreprise devraient demeurer fort rares en pratique³⁶⁶.

³⁶⁰ [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.2, JdT 2016 I 120; [ATF 132 I 97](#), c. 2.2. En doctrine, voir VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (p. 1134, n° 37); UHLMANN, préc., note 52 (pp. 567-570, n°s 72-80); BIAGGINI, préc., note 28 (p. 321, n° 16 ad Art. 27).

³⁶¹ Sur la distinction entre l'usage accru et l'usage privatif du domaine public, laquelle comporte d'ailleurs des zones floues, voir notamment MOOR P., BELLANGER F. et TANQUEREL T., *Droit administratif*, vol. III, 2^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2018, xxxiii et 953 pp. (pp. 696-698).

³⁶² VALLENDER, HETTICH et LEHNE, préc., note 36 (p. 126, n° 25); REICH, préc., note 102 (p. 100, n°s 153-154); UHLMANN, préc., note 52 (p. 570, n° 80); HÄFELIN, U., HALLER, W., KELLER, H. et THURNHERR, D.: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^{ème} éd., Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2020, lxvi et 716 pp. (pp. 202-203, n° 649); DIEBOLD, N.: *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht*, Zurich et St-Gall, Dike, et Baden-Baden, Nomos, 2016, xvii et 530 pp. (p. 148, n° 417) et préc., note 242 (pp. 7-8 et les références); BEYELER, M.: « Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen », in BOILLET V., FAVRE A.-C. et MARTENET V. (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Zurich, Schulthess, 2020, pp. 469-504 (pp. 485-489). D'un avis différent, GRISEL, préc., note 1 (p. 178, n° 406); DUBEY, préc., note 3 (p. 469, n° 2815). Le TF suit cette dernière approche dans certains arrêts du moins (voir spécialement [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.4, JdT 2016 I 120).

³⁶³ Dans le même sens, UHLMANN, préc., note 52 (p. 570, n° 80); HÄFELIN U., MÜLLER G. et UHLMANN F., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike 2020, lvii et 700 pp. (pp. 526-527, n° 2316); DIEBOLD, préc., note 242 (pp. 7-8 et les références); BEYELER, préc., note 362 (pp. 486-489); voir en outre BELLANGER F., « Octroi de l'usage des biens de l'Etat et marchés publics », in BELLANGER F. et TANQUEREL T. (édit.), *La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux*, Genève et Zurich, Schulthess, 2020, pp. 101-129 (p. 125).

³⁶⁴ [ATF 143 I 37](#), c. 7.2-7.4. Comp. REICH, préc., note 102 (pp. 100-101, n° 155).

³⁶⁵ Voir [ATF 144 I 50](#), c. 6.3 et les références, JdT 2019 I 11 (concernant la liberté syndicale); [ATF 138 I 274](#), c. 2.2.2, JdT 2013 I 3 (concernant la liberté d'opinion).

³⁶⁶ Pour un exemple d'arrêt dans lequel le TF refuse l'application de l'[art. 27 Cst.](#), voir [ATF 143 I 37](#), c. 7.2-7.4 (inapplicabilité de l'[art. 27 Cst.](#) à une demande de pouvoir exercer une activité de « valet de parking » sur les parkings de l'Aéroport de Genève).

Quatre conditions cumulatives doivent, selon nous, être réunies pour que le droit à l'usage accru du domaine public soit reconnu³⁶⁷. En premier lieu, l'activité en question doit être intrinsèquement liée à l'usage du domaine public³⁶⁸. Outre les exemples qui précèdent, on peut citer celui de maraîchers ou de commerçants qui écoulent leurs produits sur des marchés dans des villes ou villages. En revanche, une multinationale active dans le domaine des boissons qui souhaiterait installer des stands pour faire déguster ses nouveautés ne saurait, à notre avis, déduire du seul [art. 27 Cst.](#) un droit à l'usage accru du domaine public.

Se pose, en second lieu, la question de la disponibilité des parcelles du domaine public de la collectivité en cause. Une petite commune est en principe habilitée à renoncer à mettre à disposition une partie du domaine public pour des stands, des cirques ou des taxis. Lorsqu'une collectivité ouvre son domaine public à des activités économiques lucratives privées, elle est alors tenue de respecter les exigences résultant de l'[art. 27 Cst.](#) Une grande commune ou une ville qui refuserait, sur son territoire, toute activité économique impliquant un usage accru du domaine public pourrait violer la liberté économique si des motifs suffisants font défaut. L'ensemble des circonstances permettent de déterminer si un droit peut et doit être reconnu.

En troisième lieu, le droit conditionnel à un usage accru du domaine public dépend des priorités fixées par chaque collectivité publique³⁶⁹. Un traitement privilégié des activités d'intérêt public et de celles poursuivant un but idéal est en principe admissible sous l'angle de la Constitution fédérale. Selon les cas, le droit conditionnel se réduira comme peau de chagrin. Un refus d'autoriser toutes les activités économiques lucratives privées ou la plupart d'entre elles sur le domaine public peut néanmoins, selon les circonstances, violer le principe de la proportionnalité.

En quatrième lieu, le droit conditionnel à un usage accru du domaine public dépend de la gestion, par les collectivités publiques, des différentes demandes concurrentes émanant d'acteurs économiques. Diverses solutions sont envisageables à cet égard. L'octroi de plusieurs autorisations de portée réduite, un système de tournus, un appel d'offres ou le tirage au sort sont potentiellement compatibles avec la liberté économique. Il s'agit cependant de tenir compte du droit applicable imposant, par exemple, un appel d'offres ou une autre forme de mise au concours, de mettre en balance les différents intérêts en présence³⁷⁰ ainsi que de se fonder sur des critères objectifs et de s'assurer qu'aucune situation ne soit « cimentée » sur le plan économique³⁷¹.

IV.8.13.1.2. L'étendue des activités économiques de l'État

La liberté économique n'empêche pas l'État d'accomplir des activités en concurrence avec le secteur privé³⁷². 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

³⁶⁷ Comp. UHLMANN, préc., note 52 (pp. 567-569, n^{os} 73-76, qui ne recense que trois conditions).

³⁶⁸ Sur ce point, voir notamment MAHON, préc., note 9 (p. 240, n^o 9) ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL et FLÜCKIGER, préc., note 1 (p. 515, n^o 1038).

³⁶⁹ DIEBOLD et RÜTSCHKE, préc., note 27 (p. 173, n^o 77).

³⁷⁰ [ATF 142 I 99](#), c. 2.4.2 ; [ATF 132 I 97](#), c. 2.2.

³⁷¹ Voir [ATF 132 I 97](#), c. 2.2 : « On ne peut, à qualité égale, favoriser systématiquement les mêmes candidats ou groupes de candidats [...] ». En doctrine, voir notamment MÜLLER et SCHEFER, préc., note 34 (pp. 1063-1064) ; VALLENDER et HETTICH, préc., note 7 (pp. 1135-1136, n^{os} 39-40) ; KIENER, KÄLIN et WYTTENBACH, préc., note 32 (p. 395, n^o 104).

³⁷² Voir *supra* III.2.

constitue, selon le Tribunal fédéral, qu'un concurrent supplémentaire, de sorte que la liberté économique n'est en principe même pas restreinte³⁷³.

Néanmoins, une restriction à la liberté économique est admise par le Tribunal fédéral lorsque la mesure étatique revient à évincer l'offre privée³⁷⁴. Cette approche est cependant trop restrictive³⁷⁵. En effet, un rapport de concurrence s'établit entre l'État et les entreprises privées dans un tel cas. Or l'égalité de traitement entre concurrents économiques, garantie par l'[art. 27 Cst.](#), interdit les différences de traitement non justifiées³⁷⁶, et non pas seulement l'éviction de concurrents. De plus, on peut rattacher à cette disposition constitutionnelle et à l'[art. 94 Cst.](#) 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. Un risque de distorsion existe, par exemple, lorsque l'État dispose d'une relation particulière avec ses clients en lien avec ses activités de puissance publique ou monopolistiques³⁷⁷ ou, dans une optique plus large, bénéficie d'une asymétrie d'information³⁷⁸. À titre d'illustration, lorsqu'une entité étatique notifie des décisions aux administrés, 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 est désormais jugée susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents garantie par l'[art. 27 Cst.](#)³⁷⁹.

En Suisse, le moment est venu pour une vraie réflexion sur l'étendue des activités de plusieurs sociétés anonymes de droit public, notamment Swisscom SA ou La Poste Suisse SA, ou d'une société anonyme de droit privé telle que BKW Énergie SA dont l'actionnaire majoritaire est le canton de Berne. Ces sociétés exercent un nombre croissant d'activités souvent en concurrence avec des entreprises relevant pleinement du secteur privé. Leur position sur le marché et leur actionnariat peuvent leur donner un avantage important par rapport à leurs concurrents et ainsi rendre plus difficile la pleine jouissance de la liberté d'entreprise par ces derniers. Le Conseil fédéral a, jusqu'à présent, surtout commandé des études et publié des rapports. Il n'a pas encore proposé de véritables réformes en la matière, ce qui est regrettable.

IV.8.13.1.3. Le contrôle des interventions de l'État dans l'économie

La Confédération, les cantons et les communes interviennent de manière importante dans l'économie, notamment en fournissant des garanties ou en attribuant des subventions et d'autres aides à certains acteurs économiques. Des distorsions de la concurrence et des atteintes à la liberté d'entreprise en résultent parfois. Des mécanismes de contrôle existent à cet égard. Ainsi, le Contrôle fédéral des finances exerce une surveillance financière sur la

³⁷³ [ATF 138 I 378](#), c. 6.2.2, JdT 2014 I 3.

³⁷⁴ [ATF 138 I 378](#), c. 6.2.2, JdT 2014 I 3.

³⁷⁵ Voir en outre BIAGGINI, préc., note 28 (p. 322, n° 17a ad Art. 27 et pp. 833-834, n° 6a ad Art. 94).

³⁷⁶ Sur ce point, voir les remarques de HANGARTNER, préc., note 38 (p. 1822).

³⁷⁷ Voir les remarques de HANGARTNER, préc., note 38 (p. 1821) ; voir en outre KRAEMER, R. et STÖCKLI, A. : « Grenzenlose Staatswirtschaft ? », *recht* 2013, pp. 28-45 (pp. 39-40) ; SCHOTT, M. : « Kantonale Gebäudeversicherer – neue Player auf dem Privatversicherungsmarkt, Verfassungs- und aufsichtsrechtliche Fragen », *Annales SDRCA (Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances)* 2014, pp. 41-62 (p. 55).

³⁷⁸ Sur ce point, voir OCDE, *State-Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*, DAF/COMP(2009)37, Paris, OCDE, 20 septembre 2010, 479 pp. (Note de référence du Secrétariat, pp. 75-77).

³⁷⁹ [ATF 138 I 378](#), c. 6.2.2 et les références, JdT 2014 I 3.

Confédération³⁸⁰. Plusieurs cantons chargent une autorité indépendante – une cour des comptes par exemple³⁸¹ – de tâches en partie similaires. La Commission de la concurrence est en outre habilitée à adresser des recommandations à des collectivités publiques ([art. 8 LMI](#) et [45 LCart](#)).

Lorsqu'une entreprise publique ou privée est avantagée par la Confédération, un canton ou une commune, par exemple par l'octroi d'une subvention, elle bénéficie potentiellement d'une inégalité de traitement entre concurrents économiques ([art. 27 Cst.](#)). Une telle distorsion de la concurrence ne sera pas nécessairement contestée en justice, et ce pour trois raisons au moins. Premièrement, il est possible qu'aucun concurrent ne saisisse une autorité administrative ou judiciaire pour se plaindre d'une égalité de traitement. Cette passivité s'expliquera, le cas échéant, par les incertitudes et risques liés à un procès ainsi que par la volonté de ménager de bonnes relations avec la Confédération, le canton ou la commune en cause. Deuxièmement, le rapport de concurrence est défini de manière très – trop en réalité – étroite par le Tribunal fédéral, comme nous l'avons vu³⁸². Troisièmement, la portée de l'[art. 27 Cst.](#) – plus précisément de l'égalité de traitement entre concurrents directs qui en découlent – est encore incertaine lorsqu'un concurrent cherche à obtenir une subvention qui aurait, par hypothèse, été accordée à un de ses concurrents. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis, pour la première fois, l'application de la garantie de l'égalité de traitement entre concurrents en matière de subventions³⁸³. Cette évolution de la jurisprudence est pertinente, mais sa portée exacte et concrète doit encore être clarifiée³⁸⁴.

En fin de compte, il manque, en Suisse, une procédure de contrôle des aides d'État³⁸⁵, une brèche étant déjà ouverte dans le secteur du transport aérien en raison de l'accord bilatéral y relatif³⁸⁶. Cela n'implique pas nécessairement de répliquer exactement ce qui existe dans l'Union européenne, mais de prévoir une procédure permettant de s'assurer que les aides étatiques dont bénéficient certaines entreprises sont suffisamment justifiées. Un tel contrôle répondrait à l'intérêt public et, en même temps, aux intérêts du secteur privé dans son ensemble.

IV.8.13.1.4. L'espace économique suisse unique et le protectionnisme

Aux termes de la première phrase de l'[art. 95 al. 1 Cst.](#), la Confédération « *veille à créer un espace économique suisse unique* ». Il ne s'agit pas de nier les spécificités cantonales, mais de souligner qu'au XXI^e siècle, les échanges économiques et la mobilité professionnelle au sein de la Confédération ainsi que l'ouverture des marchés cantonaux à des offreurs externes vont ou, du moins, devraient aller de soi. Dans certains domaines pourtant, les marchés cantonaux

³⁸⁰ Art. 1 al. 1 *in initio* de la [loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances \(Loi sur le Contrôle des finances\)](#), LCF ; RS 614.0) : « *Le Contrôle fédéral des finances est l'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière. Dans l'exercice de ses fonctions de contrôle, il est soumis uniquement à la constitution et à la loi* ».

³⁸¹ Voir [art. 128–131](#) de la [Constitution de la République et canton de Genève](#) du 14 octobre 2012 ; [art. 166](#) de la [Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003](#).

³⁸² Voir *supra* III.4.

³⁸³ TF, [arrêt 2D_53/2020 et 2D_25/2021](#) (31 mars 2023), publié *in* ZBI 2023, pp. 538-546, c. 4.5.2 et 4.7 (considérant non publié *in* ATF 149 I 146). En doctrine, voir spécialement MARTENET, préc., note 1 (pp. 803 et 806, n^{os} 65 et 77) ; BAUMANN, P. : « Commentaire de l'arrêt 2D_53/2020 et 2D_25/2021 du Tribunal fédéral (31 mars 2023) », ZBI 2023, pp. 547-554 (pp. 551-552).

³⁸⁴ Voir BAUMANN, préc., note 383 (pp. 552-553).

³⁸⁵ Voir *supra* IV.8.4.2. Voir en outre BAUMANN, préc., note 383 (pp. 553-554).

³⁸⁶ Art. 13 de l'[Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté \[Union aujourd'hui\] européenne sur le transport aérien](#) (RS 0.748.127.192.68) ; art. 103 LA.

restent en partie cloisonnés *de iure* ou *de facto*. On songe, par exemple, au notariat³⁸⁷ ou au secteur de la construction. Des progrès ont été accomplis, mais il y a encore loin de la coupe aux lèvres³⁸⁸.

Une tendance au protectionnisme existe de longue date au sein de la Confédération suisse. Elle reste vivace³⁸⁹ et croît peut-être même en Suisse comme dans d'autres pays. Dans cette perspective, l'[art. 95 al. 2 Cst.](#) et la législation qui en découle – la [loi fédérale sur le marché intérieur](#) en particulier – prennent tout leur sens.

Il sied notamment d'éviter tout affaiblissement de la loi fédérale sur le marché intérieur et plutôt d'envisager de la renforcer. Le droit de recours de la Commission de la concurrence ([art. 9 al. 2^{bis} LMI](#)) est important, car les entreprises discriminées rechignent souvent à agir en justice contre une collectivité publique à laquelle elles comptent soumettre des offres à l'avenir. Cette lutte contre le protectionnisme contribue à l'effectivité de la liberté d'entreprise.

IV.8.13.1.5. La digitalisation de l'économie et l'intelligence artificielle

La digitalisation de l'économie et, à certains égards, de la société engendre des modifications fondamentales de la vie économique et sociale. Le droit et son application sont aussi affectés par la « révolution numérique » et l'intelligence artificielle. Il convient, à cet égard, de se demander si cette dernière influe sur la Constitution fédérale elle-même. Cela semble incontestable s'agissant des droits fondamentaux, notamment de la protection de la sphère privée ([art. 13 Cst.](#)), de la liberté des médias ([art. 17 Cst.](#)), de la liberté de la science ([art. 20 Cst.](#)), de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)) ou encore des garanties générales de procédure ([art. 29 Cst.](#)) en lien avec l'évolution de la justice à l'ère numérique.

La section intitulée « Économie » ([art. 94–107 Cst.](#)) contient, de prime abord, des notions suffisamment indéterminées pour permettre l'adaptation de la législation et de la pratique y relative à la digitalisation de l'économie (« activités économiques lucratives privées » et « espace économique suisse unique » à l'[art. 95 Cst.](#); « autres formes de limitation de la concurrence » à l'[art. 96 Cst.](#); « protection des consommateurs et des consommatrices » à l'[art. 97 Cst.](#); « services financiers » à l'[art. 98 Cst.](#); « jeux d'argent » à l'[art. 106 Cst.](#)). À titre d'exemple, le droit de la concurrence et sa mise en œuvre sont sans doute appelés à connaître des évolutions,³⁹⁰ ce que permet l'[art. 96 Cst.](#) La nécessité d'insérer un article sur l'économie

³⁸⁷ Voir spécialement COMMISSION DE LA CONCURRENCE, *Recommandation du 23 septembre 2013 sur la libre circulation des notaires et des actes authentiques*, DPC 2013/3, pp. 413-426, en ligne :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>.

³⁸⁸ Voir notamment COMMISSION DE LA CONCURRENCE, *Recommandations du 19 décembre 2016 concernant les pratiques des cantons du Tessin et de Vaud en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes ou extra-cantonaux*, DPC 2017/1, pp. 195-218 et 219-234, en ligne :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>.

³⁸⁹ Pour une illustration, voir COMMISSION DE LA CONCURRENCE, *Recommandation du 2 octobre 2017 à l'attention de la Ville de Genève concernant la modification de l'article 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986*, DPC 2017/3, pp. 513-516 (p. 516, n^{os} 31-39), en ligne :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>.

³⁹⁰ S'agissant du droit de l'Union européenne, voir spécialement CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A. et SCHWEITZER H., *Competition policy for the digital era*, Luxembourg, Union européenne, 2019, 127 pp. S'agissant de la Suisse, voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique*, Berne, Confédération suisse, 11 janvier 2017, 177 pp. (pp. 158-175), qui se montre très prudent en la matière.

numérique ou sur l'intelligence artificielle dans cette section de la Constitution fédérale ne saute pas aux yeux en tout cas.³⁹¹

En revanche, d'autres articles de la Constitution fédérale ne tiennent sans doute pas assez compte de la « révolution numérique ». L'[art. 93 Cst.](#) (« Radio et télévision ») paraît emblématique à cet égard. Les difficultés que pose son interprétation³⁹² plaident certainement pour l'adoption, à l'avenir, de normes constitutionnelles relativement ouvertes en vue de laisser une flexibilité suffisante à la Confédération et de ne pas obérer d'emblée l'évolution de la législation fédérale à l'ère du numérique et de l'intelligence artificielle, notamment en vue de tenir compte des enjeux à venir pour la liberté d'entreprise.

³⁹¹ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, préc., note 390 (pp. 172-177), qui ne propose aucune révision de la Constitution fédérale.

³⁹² Voir spécialement FRATTOLILLO A., *Le droit constitutionnel des médias à l'ère numérique – De la définition des médias à la compétence de la Confédération, en passant par la liberté du journalisme*, Berne, Stämpfli, 2024, lxxxiii et 525 pp. (pp. 451-453, pour une synthèse).

V. Conclusions

La liberté d'entreprise est garantie par le biais de la liberté économique ([art. 27 Cst.](#)). Elle fait l'objet d'un nombre croissant de restrictions en Suisse. Ses contours évoluent, si bien que toute étude de cette liberté s'inscrit dans une perspective dynamique.

V.1. Bilan de la situation

Comme d'autres libertés, la liberté économique, qui comprend la liberté d'entreprise, fait l'objet de nombreuses restrictions. Son principe subit par ailleurs des dérogations. La distinction entre ces deux notions s'avère en partie floue et peu opérationnelle. Du reste, le Tribunal fédéral se réfère invariablement, dans la plupart des cas, aux [art. 5](#) et [36 Cst.](#) Si cette approche prête peut-être le flanc à la critique d'un point de vue dogmatique, elle reflète néanmoins une forme de souplesse et de pragmatisme se traduisant par une certaine marge de manœuvre reconnue aux cantons et communes. Il n'est pas exclu que le Tribunal fédéral soit globalement parvenu à trouver un équilibre acceptable entre libéralisme économique et fédéralisme.

Reste que le fédéralisme ne saurait menacer les fondements de la liberté économique. Des tendances protectionnistes réapparaissent, si tant est qu'elles aient jamais disparu. Il appartient au Tribunal fédéral de se montrer vigilant sur ce point, car la Constitution fédérale, en ses [art. 27](#), [94](#) et [95](#), tend nettement à l'ouverture des marchés cantonaux ou communaux et à la protection de la liberté d'entreprise dans toute la Suisse. Il s'agit de lutter contre toute « *barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux* » ([art. 3 al. 3 LMI](#)). Cette dernière norme fait, à notre sens, matériellement partie du droit constitutionnel fédéral, en tant qu'elle se déduit des [art. 27](#), [94](#) et [95 Cst.](#)

La liberté d'entreprise est enfin exposée, dans divers secteurs économiques, à une certaine inflation législative, réglementaire et prudentielle. Cela ne signifie pas que les restrictions sont nécessairement critiquables. Il est cependant illusoire, de la part de l'État, de vouloir anticiper et corriger tout risque lié à une activité économique. Avant toutefois de restreindre la liberté d'entreprise, toute autorité devrait préalablement s'assurer de la nécessité d'une telle intervention dans l'économie.

V.2. Voies de renforcement possibles

Le développement des relations entre l'Union européenne et la Suisse peut contribuer à renforcer la liberté d'entreprise, notamment en facilitant la circulation des services. Dans cette perspective, les négociations en cours revêtent une grande importance et peuvent rendre plus concurrentiels des secteurs économiques tels que ceux de l'électricité et des transports ferroviaires. Un accord sur les services financiers pourrait suivre dans un deuxième temps. À cet égard, la Suisse et le Royaume-Uni ont signé, le 21 décembre 2023, un accord de reconnaissance mutuelle dans le domaine des services financiers³⁹³.

Des demandes sont régulièrement formulées en vue de réduire le fardeau que fait peser sur les entreprises l'ensemble de la législation et de la réglementation en vigueur. Le Conseil fédéral a notamment évalué le potentiel et les limites de différents modèles et approches en

³⁹³ Voir le communiqué de presse du Département fédéral des finances, du 21 décembre 2023, en ligne : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-99533.html>

matière de frein à la réglementation³⁹⁴. Il a néanmoins jugé « *inopportuns les mécanismes qui seraient trop rigides* »³⁹⁵. Le 9 décembre 2022, le Conseil fédéral a adopté un projet de loi fédérale sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises³⁹⁶ ainsi qu'un projet d'arrêt modifiant la Constitution fédérale et un projet de modification de la loi sur le Parlement en vue d'instaurer un frein à la réglementation³⁹⁷. Les solutions prévues pourraient contribuer à freiner celle-ci. La balle est, pour l'heure, dans le camp du Parlement fédéral.

Enfin, le numérique et l'intelligence artificielle représentent à la fois des chances et des risques, entre autres, pour les entreprises. Le besoin de régulation paraît difficilement contestable. Toute la difficulté consiste à y répondre tout en préservant la liberté d'entreprise. Pour l'heure, la Suisse préserve largement celle-ci, mais des projets législatifs sont actuellement élaborés au sein de l'administration fédérale. Il est imaginable que la Suisse s'inspire des récentes réglementations adoptées dans l'Union européenne, tout en les allégeant eu égard aux incertitudes en la matière et à... la liberté d'entreprise.

³⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport en réponse au postulat Caroni 15.3421, du 7 décembre 2018.* (en ligne : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55054.pdf>).

³⁹⁵ Conseil fédéral, préc., note 394 (p. 46).

³⁹⁶ Message du 9 décembre 2022 concernant la loi fédérale sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE), FF 2023 166 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/166/fr>), et projet de loi fédérale sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE), FF 2023 167 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/167/fr>).

³⁹⁷ Message du 9 décembre 2022 concernant l'instauration d'un frein à la réglementation (Modification de l'art. 159, al. 3, de la Constitution et modification de la loi sur le Parlement), FF 2023 168 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/168/fr>), projet de révision de la loi sur le Parlement, FF 2023 169 (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/169/fr>), et projet d'arrêté fédéral sur l'instauration d'un frein à la réglementation (révision de l'art. 159 al. 3 Cst.), FF 2023 170. (en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/170/fr>).

Liste des traités, lois et règlements cités

DROIT INTERNATIONAL

Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1974/2151_2151_2151/fr

Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960 (Convention AELE ; RS 0.632.31), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1960/590_635_621/fr

Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/750_750_750/fr

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté [Union par la suite] européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/243/fr>

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté [Union par la suite] européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/296/fr>

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté [Union par la suite] européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (RS 0.740.72), en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/257/fr>

Accord du 21 juin 1999 entre la Suisse et la Communauté [Union par la suite] européenne sur le transport aérien (RS 0.748.127.192.68), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/258/fr>

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté [Union par la suite] européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (RS 0.946.526.81), en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/276/fr>

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000 (CDFUE), en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>

Accord du 25 janvier 2019 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux transports internationaux par route de personnes et de marchandises (RS 0.741.619.367), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/1064/fr>

DROIT FÉDÉRAL

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848 (aCst. 1848), en ligne : <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/constitution1848.pdf>

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst.), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1/1_1_1/19990207/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1-1_1_1-19990207-fr-pdf-a.pdf (dernière version en vigueur)

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr

Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance, LCA ; RS 221.229.1), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/719_735_717/fr

Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr

Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/33/189_191_191/fr

Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB ; RS 952.0), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/51/117_121_129/fr

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ou CPS ; RS 311.0), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr

Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA ; RS 748.0), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1950/471_491_479/fr

Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr ; RS 822.11), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1966/57_57_57/fr

Loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances (Loi sur le Contrôle des finances, LCF ; RS 614.0), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1967/1505_1553_1547/fr

Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE ; RS 814.01), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1984/1122_1122_1122/fr

Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE ; RS 211.412.41), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1984/1148_1148_1148/fr

Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1986/895_895_895/fr

Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/fr

Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID ; RS 642.14), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1991/1256_1256_1256/fr

Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP ; RS 221.112.944), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/3122_3122_3122/fr

Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC ; RS 944.0), en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1992/910_910_910/fr

Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/3152_3152_3152/fr

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

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/546_546_546/fr

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC ; RS 946.51), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1725_1725_1725/fr

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1738_1738_1738/fr

Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1658_1658_1658/fr

Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10), en ligne :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1997/2187_2187_2187/fr

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr>

Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA ; RS 935.61), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/153/fr>

Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/593/fr>

Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les

embargos, LEmb ; RS 946.231), en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/564/fr>

Ordonnance du 22 mai 2002 sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et ses États membres, entre la Suisse et le Royaume-Uni, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange (Ordonnance sur la libre circulation des personnes, OLCP ; RS 142.203), en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/261/fr>

Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/218/fr>

Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/758/fr>

Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV ; RS 784.40), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/150/fr>

Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd ; RS 811.11), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/537/fr>

Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; RS 734.7), en

ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/418/fr>

Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/759/fr>

Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (LSPro ; RS 930.11), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/347/fr>

Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO ; RS 783.0), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2012/585/fr>

Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse (LOP, RS 783.1), en ligne : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2012/587/fr>

Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin ; RS 950.1), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/758/fr>

Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/126/fr>

Loi fédérale du 30 septembre 2022 sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique (LCI), en ligne :

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/2403/fr>

DROIT INTERCANTONAL

Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité, en ligne :

<https://www.lexfind.ch/tolv/181444/fr>

Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP), en ligne :

<https://www.lexfind.ch/fe/fr/tol/24020/fr>

DROIT CANTONAL

Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894, en ligne :

https://bgs.zg.ch/app/de/texts_of_law/111.1 (traduction en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1894/2_278_126_278_fga/fr)

Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, en ligne :

https://lex.vs.ch/app/fr/texts_of_law/101.1

Constitution du canton de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977, en ligne :

<https://rsju.jura.ch/fr/viewdocument.html?idn=20002&id=36641>

Loi vaudoise du 6 décembre 1988 sur les procédés de réclame, en ligne :

<https://prestations.vd.ch/pub/blv-publication/actes/consolide/943.11?key=1713361757333&id=16154f30-b84b-41d2-b8d9-bf01f56b7842>

Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993, en ligne :

https://www.belex.sites.be.ch/app/fr/texts_of_law/101.1

Loi fribourgeoise du 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce, en ligne :

https://bdlf.fr.ch/app/fr/texts_of_law/940.1

Constitution de la République et Canton du Tessin du 14 décembre 1997, en ligne : <https://m3.ti.ch/CAN/RLeggi/public/index.php/raccolta-leggi/legge/num/1> (traduction en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/1_5494_4818_4364_fga/fr)

Loi genevoise du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame, en ligne : https://silgeneve.ch/legis/data/rsg/rsg_f3_20.htm

Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, en ligne : <https://prestations.vd.ch/pub/blv-publication/actes/consolide/101.01?key=1708358723902&id=f79b6681-185b-42a1-946d-55fb19430277>

Loi genevoise du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations de travail, en ligne : https://silgeneve.ch/legis/data/rsg/rsg_j1_05.htm?myVer=1715588721339

Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, en ligne : https://bdlf.fr.ch/app/fr/texts_of_law/10.1

Loi neuchâteloise du 25 mai 2004 sur l'emploi et l'assurance-chômage, en ligne : <https://rsn.ne.ch/DATA/program/books/20224/pdf/81310.pdf>

Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005, en ligne : https://www.zh.ch/de/politik-staat/gesetze-beschluesse/gesetzessammlung/zhlex-ls/erlass-101-2005_02_27-2006_01_01-103.html (traduction en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/14_fga/fr)

Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005, en ligne : https://www.gesetzessammlung.bs.ch/app/de/texts_of_law/111.100 (traduction en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/614_fga/fra)

Loi valaisanne du 8 février 2007 sur la police du commerce, en ligne : https://lex.vs.ch/app/fr/texts_of_law/930.1

Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007, en ligne : https://srl.lu.ch/app/de/texts_of_law/1 (traduction en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/359_fga/fr)

Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, en ligne : https://silgeneve.ch/legis/data/rsg/rsg_a2_00.htm

Loi neuchâteloise du 18 février 2014 sur la police du commerce, en ligne : <https://rsn.ne.ch/DATA/program/books/rsne/pdf/941.01.pdf>

Loi jurassienne du 22 novembre 2017 sur le salaire minimum cantonal, en ligne : <https://rsju.jura.ch/fr/viewdocument.html?idn=20154&id=38235>

Loi tessinoise du 11 décembre 2019 sur le salaire minimum, en ligne : <https://m3.ti.ch/CAN/RLeggi/public/index.php/raccolta-leggi/legge/num/698>

Loi du canton de Bâle-Ville du 13 janvier 2021 sur le salaire minimum cantonal, en ligne : https://www.gesetzessammlung.bs.ch/app/de/texts_of_law/812.200

DROIT COMMUNAL

Règlement de la ville de Lausanne, du 8 mars 1994, sur les procédés de réclame, en ligne :

<https://www.lausanne.ch/apps/actualites/Next/serve.php?id=188&kind=recueil>

Règlement de la ville de Lausanne, du 13 juin 1967, sur les heures d'ouverture et de fermeture des magasins, en ligne :

<https://www.lausanne.ch/apps/actualites/Next/serve.php?id=273&kind=recueil>

Liste des arrêts cités

ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CourEDH, arrêt *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* du 9 avril 2024 (GC), requête n° 53600/20, en ligne : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-233258%22>}

CourEDH, arrêt *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie* du 30 janvier 2018, requête n° 69317/14, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-180506%22>}

CourEDH, arrêt *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France* du 5 mars 2009, requête n° 26935/05, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-91609%22>}

CourEDH, arrêt *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, requête n° 15450/89, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62423%22>}

ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

CJUE, arrêt *Fidium Finanz AG* du 3 octobre 2006 (GC), aff. C-452/04, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004CJ0452>

CJUE, arrêt *X GmbH* du 26 février 2019 (GC), aff. C-135/17, en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211048&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=696597>

ARRÊTS DU TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

ATF 56 I 431 (19 septembre 1930), en ligne : <https://www.fallrecht.ch/c1056431.pdf>

ATF 91 I 306 (13 octobre 1965), en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F91-I-306%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 103 Ia 259 (8 juin 1977), en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-IA-259%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 106 Ia 355 (30 septembre 1980), en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F106-IA-355%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 108 Ia 155 (22 septembre 1982), en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F108-IA-155%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 119 Ia 59 (19 mars 1993), en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F119-IA-59%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 121 I 279 (22 septembre 1995), JdT 1997 I 264, en ligne : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F121-I-279%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 121 I 367 (27 octobre 1995), JdT 1997 I 278, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F121-I-367%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 123 I 19 (26 février 1997), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-I-19%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 124 I 11 (30 janvier 1998), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-I-11%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 125 I 182 (18 février 1999), JdT 2000 I 796, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-I-182%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 125 I 209 (26 avril 1999), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-I-209%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 125 I 276 (14 juin 1999), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-I-276%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 125 I 369 (30 juin 1999), c. 4b/c, JdT 2000 I 826, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-I-369%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 125 I 474 (1^{er} octobre 1999), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-I-474%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 128 I 3 (13 novembre 2001), SJ 2002 I 519, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-I-3%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 128 I 19 (19 février 2002), JdT 2004 I 142, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-I-19%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 128 I 295 (28 mars 2002), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-I-295%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 129 III 426 (2 mai 2003), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-426%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 130 I 26 (27 novembre 2003), JdT 2005 I 143, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-I-26%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 130 I 156 (21 avril 2004), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-I-156%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 131 III 243 (2 décembre 2004), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/expert/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-243%3Afr&lang=fr&type=show_document#page246

ATF 131 I 223 (10 décembre 2004), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-I-223%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 131 II 697 (26 octobre 2005), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-II-697%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 131 II 710 (26 octobre 2005), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-II-710%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 132 III 414 (27 mars 2006), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-III-414%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 132 I 97 (18 avril 2006), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-I-97%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 132 II 257 (21 avril 2006), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-II-257%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 132 I 282 (18 octobre 2006), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-I-282%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 135 I 130 (24 février 2009), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-I-130%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 135 III 405 (22 avril 2009), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-III-405%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 136 I 17 (23 novembre 2009), JdT 2010 I 456, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-I-17%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 136 I 1, JdT 2010 I 220 (13 janvier 2010), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-I-1%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 137 I 167 (12 avril 2011), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F137-I-167%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 137 II 431 (15 juillet 2011), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F137-II-431%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 138 II 42 (13 janvier 2012), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F138-II-42%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 138 I 274 (3 juillet 2012), JdT 2013 I 3, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F138-I-274%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 138 I 378 (3 juillet 2012), JdT 2014 I 3, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F138-I-378%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 138 II 440 (7 septembre 2012), JdT 2013 I 135, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F138-II-440%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 139 I 16 (12 octobre 2012), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F139-I-16%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 139 II 173 (25 janvier 2013), JdT 2014 I 53, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F139-II-173%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 140 I 218 (16 décembre 2013), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F140-I-218%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 141 V 557 (22 septembre 2015), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-V-557%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 142 II 35 (26 novembre 2015), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-II-35%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 142 I 99 (31 mars 2016), JdT 2016 I 120, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-I-99%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

TF, arrêt 2C_1007/2015 (10 mai 2016), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_1007%2F2015&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F10-05-2016-2C_1007-2015&number_of_ranks=4

ATF 142 II 369 (18 juillet 2016), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-II-369%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 142 I 162 (9 novembre 2016), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-I-162%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 I 37 (11 novembre 2016), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-37%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 II 297 (28 juin 2016), JdT 2018 I 3, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-II-297%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 142 IV 333 (11 octobre 2016), JdT 2017 IV 187, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-IV-333%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 II 425 (22 mai 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-II-425%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 I 388 (24 mai 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-388%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 III 600 (13 juin 2017), LawInside n° 512 (<http://www.lawinside.ch/512/>), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-III-600%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 I 395 (14 juillet 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-395%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 I 403 (21 juillet 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-403%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 143 II 598 (1^{er} septembre 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-II-598%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 I 50 (6 septembre 2017), JdT 2019 I 11, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-I-50%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 II 194 (24 octobre 2017), JdT 2019 I 27, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-II-194%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 II 147 (15 décembre 2017), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-II-147%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 IV 136 (23 mars 2018), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-IV-136%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 II 246 (18 mai 2018), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-II-246%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 144 II 367 (6 août 2018), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-II-367%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 145 I 73 (13 février 2019), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F145-I-73%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 145 I 183 (11 mars 2019), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F145-I-183%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 145 II 229 (4 juin 2019), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F145-II-229%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 146 I 70 (14 novembre 2019), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F146-I-70%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 146 IV 68 (12 décembre 2019), JdT 2020 IV 256, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F146-IV-68%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 147 I 183 (16 septembre 2020), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F147-I-183%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 147 II 72 (4 février 2021), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F147-II-72%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 148 II 551 (31 octobre 2022), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-II-551%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 148 II 564 (30 novembre 2022), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-II-564%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 149 I 41 (24 janvier 2023), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F149-I-41%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ATF 149 I 248 (13 mars 2023), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F149-I-248%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

TF, arrêt 2D_53/2020 et 2D_25/2021 (31 mars 2023), publié *in* ZBI 2023, pp. 538-546, c. 4.5.2 et 4.7 et en partie *in* ATF 149 I 146, en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2D_53%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F31-03-2023-2D_53-2020&number_of_ranks=6

ATF 149 II 368 (13 juillet 2023), en ligne :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F149-II-368%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

ARRÊT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON D'ARGOVIE

Arrêt WBE.2018.36 (21 août 2018, publié *in* ZBI 2019, pp. 573-582), en ligne :

https://entscheidsuche.ch/docs/AG_Gerichte/AG_OG_005_AGVE-2018-33_2018-08-03.html

Bibliographie

ABEGG, A. et BAUMANN, P. : *Privatwirtschaftliche Tätigkeiten von Energieversorgungsunternehmen – wie Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden*, Zurich et St-Gall, Dike, 2020, xix et 64 pp.

ABEGG, A., HEFTI, A. et SEFEROVIC, G. : *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes – Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft*. Staatssekretariat für Wirtschaft, 15 février 2019, 135 pp., en ligne :

https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Wettbewerb_Service_Public/staat-und-wettbewerb/faires-verfahren-beim-zugang-zu-geschlossenen-maerkten-des-bunde.html

ARMINGEON, K. et ENGLER, S. : « Structures politico-administratives de la politique économique », in LADNER, A., CHAPPELET, J.-L., EMERY, Y., KNOEPFEL, P., MADER, L., SOGUEL, N. et VARONE, F. (édit.): *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, pp. 731-759.

AUBERT, J.-F. et MAHON, P. : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2003, xxii et 1515 pp.

AUDARD, C. : *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard/Folio, 2009, 843 pp.

BAHAR, R., CANAPA, D., CHABLOZ, I., HARI, O. et TRIGO TRINDADE, R. (édit.) : *Modernisation du droit de la société anonyme du 19 juin 2020*, Berne, Stämpfli, 2024, 342 pp.

BAUDENBACHER, C. : « Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law », *RDS* 2012 II, pp. 419-673.

BAUMANN, P. : *Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit*, Zurich, Bâle et Genève, 2019, lv et 404 pp.

BAUMANN, P. : « Quersubventionierungen bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit », *Jusletter* du 9 mars 2020, pp. 1-20.

BAUMANN, P. : « Commentaire de l'arrêt 2D_53/2020 et 2D_25/2021 du Tribunal fédéral (31 mars 2023) », *ZBI* 2023, pp. 547-554.

BAUMANN, P. et GUTZWILLER, R. S. : « Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften – Pflichten und Instrumente zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen », *PJA* 2020, pp. 887-906.

BELLANGER, F. : « Octroi de l'usage des biens de l'Etat et marchés publics », in BELLANGER F. et TANQUEREL T. (édit.), *La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux*, Genève et Zurich, Schulthess, 2020, pp. 101-129.

BEYELER, M. : « Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen », in BOILLET, V., FAVRE, A.-C. et MARTENET, V. (édit.) : *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève et Zurich, Schulthess, 2020, pp. 469-504.

BIAGGINI, G. : « Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen », *ZBI* 1996, pp. 49-82.

- BIAGGINI, G. : *BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Zurich, Orell Füssli, 2017, 1581 pp.
- BRUCHEZ, C., MANGOLD, P. et SCHWAAB, J. C. : *Commentaire du contrat de travail*, 4^{ème} éd., Berne, USS, et Lausanne, Réalités sociales, 2019, 639 pp.
- CANAPA, D., SCHMID, E. et CIMA, E. : « « Entreprises responsables » : limitations et perspectives », *RDS* 2021 I, pp. 557-582.
- COMMISSION SUISSE POUR LA LOYAUTÉ, *Règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale*, Zurich, juillet 2023, 41 pp., en ligne : https://www.faire-werbung.ch/wp-content/uploads/2023/06/SLK-Grundsätze_FR-1.7.2023-2.pdf
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 18 mai 1983*, Feuille fédérale 1983 II 1037-1137, en ligne : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1983/2_1009_1037_985/fr
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996*, Feuille fédérale 1997 I 1-653, en ligne : <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10108877&action=open>
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique*, Berne, Confédération suisse, 11 janvier 2017, 177 pp., en ligne : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/digitalisierung.html#374057903>
- CONSEIL FÉDÉRAL, *État et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels*, rapport du 8 décembre 2017, Berne, Confédération suisse, 2017, 58 pp., en ligne : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/50762.pdf>
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération – Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 19.3701 Caroni du 19 juin 2019*, Berne, Confédération suisse, 10 décembre 2021, 29 pp., en ligne : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/staat-und-wettbewerb/geschlossene-maerkte-des-bundes.html>
- COTTIER, T. et OESCH, M. (édit.) : *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020, xix et 940 pp.
- CRÉMER, J., DE MONTJOYE, Y.-A. et SCHWEITZER, H. : *Competition policy for the digital era*, Luxembourg, Union européenne, 2019, 127 pp., en ligne : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>
- DIEBOLD, N. : *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht*, Zurich et St-Gall, Dike, et Baden-Baden, Nomos, 2016, xvii et 530 pp.
- DIEBOLD, N. : « Vergaberecht und Wettbewerb », in HOCHREUTENER, I., STOFFEL, W. et AMSTUTZ, M. (édit.) : *Grundlegende Fragen – Questions fondamentales*, Berne, Growth 2017, pp. 1-23.

DIEBOLD, N. : « Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz », in COTTIER, T. et OESCH, M. (édit.) : *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020, pp. 465-535.

DIEBOLD, N. et RÜTSCHKE, B. : *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung*, vol. 1, Zurich et Genève, Schulthess, 2023, xvii et 509 pp.

DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M. et SCHINDLER, B. : *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, 3 volumes, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2020, xxxviii et 2477 pp.

DUBEY, J. : *Droits fondamentaux, volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droit sociaux et politiques*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, xxx et 1234 pp.

EHRENZELLER, B., EGLI, P., HETTICH, P., HONGLER, P., SCHINDLER, B., SCHMID, S. G. et SCHWEIZER, R. J. : *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2 volumes, 4^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, et Zurich et Genève, Schulthess, 2023, cl et 4756 pp.

FAVRE, A.-C. : « Responsabilité pur atteintes à l'environnement : droit privé ou droit public ? », in CHAPPUIS, C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 53-80.

FRATTOLILLO, A. : *Le droit constitutionnel des médias à l'ère numérique – De la définition des médias à la compétence de la Confédération, en passant par la liberté du journalisme*, Berne, Stämpfli, 2024, lxxxiii et 525 pp.

GRISEL, É. : *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, 464 pp.

GYGI, F. : « Die schweizerische Wirtschaftsverfassung », *RDS* 1970 II, pp. 265-389.

HÄFELIN, U., HALLER, W., KELLER, H. et THURNHERR, D. : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^{ème} éd., Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2020, lxvi et 716 pp.

HÄFELIN, U., MÜLLER, G. et UHLMANN, F. : *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike 2020, lvii et 700 pp.

HANGARTNER, Y. : « BGE 138 I 378, Zusammenfassung und Bemerkungen », *PJA* 2012, pp. 1819-1823.

HÄNNI, P. et STÖCKLI, A. : *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne, Stämpfli, 2013, xlii et 682 pp.

HEINEMANN, A. et KELLERHALS, A. : *Wettbewerbsrecht in a Nutshell*, 3^{ème} éd., Zurich et St-Gall, Dike, 2023, xxv et 197 pp.

HEIZMANN, R. et LOACKER, L. D. [édit] : *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar*, Zurich et St-Gall, Dike, 2018, cxxv et 1532 pp.

HETTICH, P. : « Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung », *RDS* 2021 I, pp. 155-169.

HETTICH, P. et KOLMAR, M. : « « Wettbewerbsverzerrung » und « Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit » aus interdisziplinärer Sicht », *ZBl* 2018, pp. 275-297.

HETTICH, P., KOLMAR, M., HOFFMANN, M., KOLLER, J. et MATHIS, L. : *Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen – Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt*, Zurich et St-Gall, Dike, 2017, xvii et 313 pp.

HOFMANN, D. : « La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale », *PJA* 2003, pp. 789-800.

HOFMANN, D. : *La liberté économique suisse face au droit européen*, Berne, Stämpfli, 2005, xxx et 563 pp.

HOFMANN, D. : « La clause du besoin pour les médecins : toujours aussi inconstitutionnelle 20 ans après », in BERNARD, F., HERTIG RANDALL, M., BOVET, C. et FLÜCKIGER, A. (édit.) : *Le droit au service de l'humanité – Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Genève et Zurich, Schulthess, 2023, pp. 211-222.

JUNG, P. (édit.) : *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Handkommentar*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2023, lxii et 2149 pp.

JUNOD, C.-A. : « Problèmes actuels de la constitution économique suisse », *RDS* 1970 II, pp. 591-820.

KIENER, K., KÄLIN, W. et WYTTENBACH, J. : *Grundrechte*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2018, xlvi et 589 pp.

KÖLZ, A. : *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, volume I : Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, trad. PERRINJAQUET, A. et COLBOIS, S. en collaboration avec DUFOUR, A. et MONNIER, V., Berne, Stämpfli, et Bruylant, Bruxelles, 2006, vi et 707 pp.

KRAEMER, R. et STÖCKLI, A. : « Grenzenlose Staatswirtschaft ? », *recht* 2013, pp. 28-45.

LADNER, A., CHAPPELET, J.-L., EMERY, Y., KNOEPFEL, P., MADER, L., SOGUEL, N. et VARONE, F. (édit.) : *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, xvi et 926 pp.

MAHAIM, R. : « La responsabilité civile au secours de l'environnement ? Le berger, le prisonnier, le gypaète et le pétrole », in CHAPPUIS, C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 21-36.

MALINVERNI, G., HOTTELIER, M., HERTIG RANDALL, M. et FLÜCKIGER, A. : *Droit constitutionnel suisse, volume II : Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2021, xlix et 863 pp.

MARTENET, V. : *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, Genève et Munich, Helbing Lichtenhahn, 1999, xxxiii et 566 pp.

MARTENET, V. : *Géométrie de l'égalité*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, Paris, LGDJ, ainsi que Bruxelles, Bruylant, 2003, xii et 658 pp.

MARTENET, V. : « Les autorités de la concurrence et la liberté économique », *PJA* 2008, pp. 963-982.

MARTENET, V. : « La Constitution et l'économie », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M. et SCHINDLER, B. : *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, 3 volumes, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2020, pp. 2061-2090.

MARTENET, V. et DUBEY, J. (édit.) : *Constitution fédérale – Commentaire romand*, 2 volumes, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021, cxxii et 3561 pp.

MARTENET, V. et HEINEMANN, A. : *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Genève, Zurich et Bâle, Schulthess, 2021, xxxi et 297 pp.

MARTENET, V. et PICHONNAZ, P. : *Loi contre la concurrence déloyale – Commentaire romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017, xxxvii et 608 pp.

MERTEN, D. et PAPIER, H.-J. (édit.), MÜLLER, J. P. et THÜRER, D. (coord.) : *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg, C.F. Müller, ainsi que Zurich et St-Gall, Dike, 2007, xxvi et 884 pp.

MOOR, P., BELLANGER, F. et TANQUEREL, T. : *Droit administratif*, vol. III, 2^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2018, xxxiii et 953 pp.

MOOR, P., FAVRE, A.-C. et FLÜCKIGER, A. (édit.) : *Loi sur la protection de l'environnement (LPE) – Commentaire*, Berne Stämpfli, 2010 et 2012, 1700 pp.

MÜLLER, J. P. et SCHEFER, M. : *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2008, liii et 1229 pp.

OCDE, *State-Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*, DAF/COMP(2009)37, Paris, OCDE, 20 septembre 2010, 479 pp., en ligne : <https://www.oecd.org/daf/competition/46734249.pdf>

OCDE (Réunion du Conseil au niveau des Ministres), *Garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées à l'appui de la croissance et du développement : Rapport de référence*, Paris, OCDE, 2013, 16 pp., en ligne : [https://www.oecd.org/fr/rcm/C-MIN\(2013\)18-FRE.pdf](https://www.oecd.org/fr/rcm/C-MIN(2013)18-FRE.pdf)

OCDE, *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, OCDE, éd. 2015, 88 pp., en ligne : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264244221-fr.pdf?expires=1708343721&id=id&accname=ocid195770&checksum=35E9A7DD259C1AC891ED28654D6424D7>

OESCH, M. : « Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer », *RDS* 2012 I, pp. 255-284.

OESCH, M. : « Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone », *PJA* 2013, pp. 1337-1348.

OESCH, M., WEBER, R. H. et ZÄCH, R. (édit.) : *Wettbewerbsrecht II – Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, Orell Füssli, 2021, 1069 pp.

PICHONNAZ, P. : « Switzerland », in WAIS, H. et PFEIFFER, T. (édit.) : *Judicial Review of Commercial Contracts, A Comparative Handbook*, Munich, Beck, 2021, pp. 309-330.

POLYNOMICS, *Staat und Wettbewerb – Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen*, Berne et Olten, Polynomics AG, 2017, 86 pp., en ligne : <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/staat-und-wettbewerb/staatsnahe-unternehmen-wettbewerb.html>

REFONDINI, A. : « Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile ? », in CHAPPUIS, C. : *Environnement et responsabilité*, Genève, Zurich et Bâle, 2021, pp. 37-51.

REICH, J. : *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich et St-Gall, Dike, 2011, cii et 546 pp.

REICH, J. : « Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rahmenordnung von Versicherungspflicht, mittelbar rechtlichem Monopol und Dienstleistungen im Wettbewerb », *PJA* 2013, pp. 1399-1412.

RENFER, S. : « Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz », *Jusletter* du 14 mars 2022, pp. 1-22.

RHINOW, R., SCHEFER, M. et UEBERSAX, P. : *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, liii et 754 pp.

RHINOW, R., SCHMID, G., BIAGGINI, G. ET UHLMANN, F. : *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, lvi et 718 pp.

SCHOTT, M. : *Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, Zurich et St-Gall, Dike, ainsi que Baden-Baden, Nomos, 2010, lvii et 562 pp.

SCHOTT, M. : « Kantonale Gebäudeversicherer – neue Player auf dem Privatversicherungsmarkt, Verfassungs- und aufsichtsrechtliche Fragen », *Annales SDRCA (Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances)* 2014, pp. 41-62.

SICARD, F. : « Libre circulation des capitaux », *Annuaire de droit de l'Union européenne* 2019, pp. 651-672.

STOFFEL, W. A. et MURITH, S. : « Entreprises publiques et droit de la concurrence », in HOCHREUTENER, I., STOFFEL, W. A. et AMSTUTZ, M. (édit.) : *Droit de la procédure, activité économique de l'État et cartels fondés sur des algorithmes*, Berne, Growth, 2019, pp. 35-51.

TERCIER, P., TRIGO TRINDADE, R. et CANAPA, D. (édit.) : *Code des obligations II – Commentaire romand*, 2 volumes, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2024 (à paraître), cxviii et 4441 pp.

TIROLE, J. : *Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016, 629 pp.

TSCHANNEN, P. : *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2021, liv et 756 pp.

UHLMANN, F. et BEZZOLA, D. N. : « Der Staat als Wirtschaftsteilnehmer und Regulator (oder: Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust) », *RDS* 2021 I, pp. 221-239.

VALLENDER, K. A. : « Wirtschaftsfreiheit », in MERTEN, D. et PAPIER, H.-J. (édit.), MÜLLER, J. P. et THÜRER, D. (coord.) : *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg, C.F. Müller, ainsi que Zurich et St-Gall, Dike, 2007, pp. 547-585.

VALLENDER, K. A., HETTICH, P. et LEHNE, J. : *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2006, li et 1045 pp.

WALDMANN, B., BELSER, E. M. et EPINEY, A. (édit.): *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015, lix et 2953 pp.

WENK, J. : *Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht*, Zurich, Dike, 2024, xliv et 267 pp

WINISTÖRFER, M. M. : *Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie*, Zurich, Bâle et Genève, Schulthess, 2021, lviii et 684 pp.

WITZIG, A. : *Droit du travail*, Genève et Zurich, Schulthess, 2018, 738 pp.

WYLER, R., HEINZER, B. et WITZIG, A. : *Droit du travail*, 5^{ème} éd., Berne, Stämpfli, 2024 (à paraître), env. 1500 pp.

Liste des sites internet consultés

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE (PARLEMENT FÉDÉRAL) :

<https://www.parlament.ch/fr>

CDC – CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX :

<https://kdk.ch/fr/>

CONSEIL FÉDÉRAL (GOUVERNEMENT FÉDÉRAL) :

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>

COMMISSION DE LA CONCURRENCE :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home.html>

COMMISSION SUISSE POUR LA LOYAUTÉ :

<https://www.faire-werbung.ch/fr/>

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :

<https://www.echr.coe.int/fr/home>

DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE :

<https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/glossary/eu-law.html>

DROIT ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN PRATIQUE (DPC) :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>

FEDLEX – LA PLATEFORME DE PUBLICATION DU DROIT FÉDÉRAL :

<https://www.fedlex.admin.ch/fr>

SECÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE :

<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html>

SURVEILLANCE DES PRIX :

<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home.html>

TRIBUNAL FÉDÉRAL :

<https://www.bger.ch/fr/index.htm>

Liste des publications de la Bibliothèque de droit comparé

État au 29 mai 2024

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ DU PARLEMENT EUROPÉEN

LISTE DES PUBLICATIONS

Table de matières

I.	Cours constitutionnelles.....	124
II.	Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions.....	126
III.	Droit à la vie privée.....	127
IV.	Liberté d'expression.....	128
V.	Principes d'égalité et de non-discrimination.....	129
VI.	Droit à la santé.....	131
VII.	État de droit.....	132
VIII.	Liberté d'entreprise.....	133
IX.	Droit d'exception (bases juridiques pour les mesures anti COVID-19).....	134
X.	Ratification des traités internationaux.....	135
XI.	Autres sujets.....	136



I. Cours constitutionnelles

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. :
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Deutschland: Das Bundesverfassungsgericht](#),
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),
 November 2016, VIII und 48 S., Referenz PE 593.504 (version originale en allemand) ;
[Le rôle des cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Allemagne : la Cour constitutionnelle fédérale](#),
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS),
 novembre 2016, VIII et 55 pp., référence PE 593.504 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
[El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza multinivel - Alemania: El Tribunal Constitucional Federal](#),
 Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS),
 noviembre 2016, VIII y 56 pp., referencia PE 593.504 (version en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. :
[Le rôle des Cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Belgique : La Cour constitutionnelle](#),
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), novembre 2016,
 VIII et 38 pp., référence PE 593.508 (version originale en français) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Belgien: Der Verfassungsgerichtshof](#),
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),
 November 2016, VIII und 41 S., Referenz PE 593.508 (version en allemand) ;
[Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello - Belgio: La Corte costituzionale](#),
 Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VIII e 39 pp.,
 referencia PE 593.508 (version en italien) ;
- **Canada** : POIRIER, J. : [The role of constitutional courts, a comparative law perspective - Canada: The Supreme Court](#),
 Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2019, VI and 41 pp.,
 reference PE 640.134 ;
- **Espagne** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. :
[El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza a diferentes niveles - España: El Tribunal Constitucional](#),
 Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo
 (EPRS), noviembre 2016, VI y 29 pp., referencia PE 593.506 (version originale en espagnol) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Spanien: Das Verfassungsgericht](#),
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),
 November 2016, V und 33 S., Referenz PE 593.506 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **États-Unis** : MARTIN, J.W. :
[The role of constitutional courts in multi-level governance - United States of America: The Supreme Court](#),
 Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2016, VI and 34
 pp., reference PE 593.503 (version originale en anglais) ;
[Le rôle des cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - États-Unis d'Amérique : la Cour suprême](#),
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS),
 novembre 2016, VI et 46 pp., référence PE 593.503 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der Multi-Level-„Governance“ - Vereinigte Staaten von Amerika: Der Oberste Gerichtshof](#),
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments
 (EPRS), November 2016, VII und 40 S., Referenz PE 593.503 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **Italie** : LUCIANI, M. :
[Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello - Italia: La Corte costituzionale](#),
 Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 30 pp.,
 referencia PE 593.507 (version originale en italien) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Italien: Der Verfassungsgerichtshof](#),
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),
 November 2016, V und 35 S., Referenz PE 593.507 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;

- **Suisse** : DE ROSSA, F. :
[Le rôle des Cours Constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Suisse : Le Tribunal fédéral](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), novembre 2016, VI et 108 pp., référence PE 593.509 (version originale en français) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Schweiz: Das Bundesgericht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2016, VII und 49 S., Referenz PE 593.509 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
[Il ruolo delle Corti costituzionali nella governance multilivello - Svizzera: Il Tribunale federale](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 47 pp., referenza PE 593.509 (version en italien) ;

- **Union européenne** : SALVATORE, V. :
[Il ruolo delle Corti Costituzionali in un sistema di governo multilivello - Unione Europea : La Corte di Giustizia dell'UE](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 30 pp., referenza PE 593.505 (version originale en italien) ;
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Europäische Union: Der Gerichtshof der Europäischen Union](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2016, VII und 32 S., Referenz PE 593.505 (version en allemand) ;
[The role of constitutional courts in multi-level governance - European Union: The Court of Justice of the European Union](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2016, VI and 29 pp., reference PE 593.505 (version en anglais).

II. Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. : [Rechtsbehelfe des Einzelnen bei den höchsten gerichtlichen Instanzen: eine Perspektive der Rechtsvergleichung - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2017, VIII und 65 S., Referenz PE 608.735 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, V et 38 pp., référence PE 608.732 ;
- **Canada** : POIRIER, J. :
[Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, X et 83 pp., référence PE 608.733 (version originale en français) ;
[Legal Proceedings available to Individuals before the Highest Courts: A Comparative Law Perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, X and 80 pp., reference PE 608.733 (version en anglais) ;
- **Conseil de l'Europe** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2017, VI y 51 pp., referencia PE 608.734 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2017, VIII y 52 pp., referencia PE 608.737 ;
- **États-Unis** : ACOSTA, L. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 33 pp., reference PE 608.743 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VIII e 31 pp., referencia PE 608.736 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 50 pp., reference PE 608.746 ;
- **Suisse** : DE ROSSA, F. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 58 pp., référence PE 608.738 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni, una prospettiva di diritto comparato - UE: Corte di giustizia dell'Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VI e 39 pp., referencia PE 608.742.

III. Droit à la vie privée

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. : [Das Recht auf Achtung des Privatlebens – Problemstellungen im Digitalbereich, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2018, X und 94 S., Referenz PE 628.285 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VI et 32 pp., référence PE 628.304 ;
- **Canada** : MOYSE, P.-E. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 67 pp., référence PE 628.292 ;
- **Conseil de l'Europe** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado - Consejo de Europa](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2018, VI y 53 pp., referencia PE 628.261 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2018, VIII y 58 pp., referencia PE 628.260 ;
- **États-Unis** : ACOSTA, L. : [The right to respect for private life: digital challenges, a comparative-law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2018, VIII and 35 pp., reference PE 628.240 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 34 pp., référence PE 628.241 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2018, VIII e 46 pp., referenza PE 628.259 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [The right to respect for private life: digital challenges, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2018, X and 38 pp., reference PE 628.249 ;
- **Suisse** : MÉTILLE, S. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 57 pp., référence PE 628.242 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2018, VI e 39 pp., referenza PE 628.243.

IV. Liberté d'expression

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Freiheit der Meinungsäußerung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2019, X und 107 S., Referenz PE 642.269 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 42 pp., référence PE 642.243 ;
- **Canada** : MOYSE, P.-E. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 71 pp., référence PE 642.244 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 64 pp., référence PE 642.268 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2019, VIII y 56 pp., referencia PE 642.241 ;
- **États-Unis** : VELENCHUK, T. : [Freedom of expression, a comparative law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, X and 48 pp., reference PE 642.246 ;
- **France** : PONTHEUREAU, M.-C. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 43 pp., référence PE 642.245 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2019, VIII e 55 pp., referencia PE 642.242 ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2019, VI y 43 pp., referencia PE 644.176 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Freedom of expression, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, VI and 53 pp., reference PE 642.263 ;
- **Suisse** : COTTIER, B. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VIII et 39 pp., référence PE 642.262 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2019, VI e 40 pp., referencia PE 644.172.

V. Principes d'égalité et de non-discrimination

- **Allemagne** : REIMER, F. :
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, XIV und 77 S., Referenz PE 659.305 (version originale en allemand) ;
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, XIV et 111 pp., référence PE 729.295 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour) ;
- **Autriche** : VAŠEK, M. :
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Österreich](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, VIII und 44 S., Referenz PE 659.277 (version originale en allemand) ;
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Autriche](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 49 pp., référence PE 659.277 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. :
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.087 (version originale en français) ;
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Bélgica](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), julio 2022, X y 82 pp., referencia PE 733.602 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Belgien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Dezember 2022, VIII und 106 S., Referenz PE 739.262 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **Canada** : SHEPPARD, C. :
[The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2020, VIII and 64 pp., reference PE 659.362 (version originale en anglais) ;
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, X et 92 pp., référence PE 698.937 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Chili** : GARCÍA PINO, G. :
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), marzo 2021, VIII y 120 pp., referencia PE 690.533 (version originale en espagnol) ;
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), febrero 2023, X y 178 pp., referencia PE 739.352 (deuxième édition mise à jour avec commentaires ajoutés) ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Chile](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Februar 2023, XII und 210 S., Referenz PE 739.353 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. :
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 72 pp., référence PE 659.276 (version originale en français) ;
[Principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – Consejo de Europa](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2022, X y 122 pp., referencia PE 738.179 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Europarat](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2022, X und 136 S., Referenz PE 739.217 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;

- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. :
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2020, VIII y 104 pp., referencia PE 659.297 (version originale en espagnol) ;
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Espagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2022, X et 167 pp., référence PE 733.554 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Spanien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Januar 2023, X und 194 S., Referenz PE 739.207 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **États-Unis** : OSBORNE, E. L. :
[The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2021, XII and 83 pp., reference PE 689.375 (version originale en anglais) ;
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - États-Unis d'Amérique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, XII et 111 pp., référence PE 698.938 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **France** : PONTHEUREAU, M.-C. :
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.061 (version originale en français) ;
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Francia](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2022, XI y 82 pp., referencia PE 729.378 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
- **Italie** :
 LUCIANI, M. :
[I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2020, X e 71 pp., referencia PE 659.298 ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Italien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), September 2023, X und 137 S., Referenz PE 747.895 (version mise à jour en allemand avec commentaires) ;
 DÍEZ PARRA (Coord.):
[I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), febbraio 2024, XVI e 172 pp., referencia PE 659.298 (deuxième édition mise à jour avec commentaires ajoutés) ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), diciembre 2020, VIII y 64 pp., referencia PE 659.380 ;
- **Suisse** : FREI, N. :
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Schweiz](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, X und 70 S., Referenz PE 659.292 (version originale en allemand) ;
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, X et 95 pp., référence PE 729.316 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. :
[I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2021, VIII e 61 pp., referencia PE 679.060 (version originale en italien) ;
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Europäische Union](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Mai 2023, X und 121 S., Referenz PE 747.894 (version en allemand mise à jour et avec commentaires).

VI. Droit à la santé

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Das Recht auf Gesundheit, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2021, XIV und 81 S., Referenz PE 698.770 ;
- **Argentine** : DÍAZ RICCI, S. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - Argentina](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2021, XVIII y 134 pp., referencia PE 698.814 ;
- **Autriche** : WIMMER, A. : [Das Recht auf Gesundheit, eine rechtsvergleichende Perspektive - Österreich](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2022, XI und 70 S., Referenz PE 729.394 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, C. : [Le droit à la santé une perspective de Droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, X et 74 pp., référence PE 729.344 ;
- **Canada** : JONES, D. J. : [Right to health, a comparative law perspective-Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), May 2022, X and 98 pp., reference PE 729.444 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), septembre 2021, VIII et 67 pp., référence PE 698.030 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2021, X y 89 pp., referencia PE 698.810 ;
- **États-Unis** : MARTIN, J.W. : [Right to health, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), May 2022, XII and 74 pp., reference PE 729.407 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2021, X et 66 pp., référence PE 698.755 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2022, XII e 85 pp., referenza PE 698.893 ;
- **Mexique** : FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - México](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), enero 2022, X y 116 pp., referencia PE 698.899 ;
- **Suisse** : DUPONT, A. S., BURGAT, S., HOTZ, S. et LÉVY, M. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), Mai 2022, XVI et 126 pp., référence PE 729.419 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), dicembre 2021, X e 68 pp., referenza PE 698.827.

VII. État de droit

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), März 2023, XVI und 149 S., Referenz PE 745.674 ;
- **Argentine** : DÍAZ RICCI, S. : [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: Argentina](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), junio 2023, XVI y 199 pp., referencia PE 745.675 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, C. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2023, XII et 116 pp., référence PE 745.680 ;
- **Canada** : ZHOU, H.-R. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2023, X et 113 pp., référence PE 745.678 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2023, X et 138 pp., référence PE 745.673 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril de 2023, XIV y 157 pp., referencia PE 745.677 ;
- **États-Unis** : PRICE, A. L. : [The rule of law, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2023, X and 121 pp., reference PE 745.681 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2023, X et 119 pp., référence PE 745.676 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2023, XVI e 127 pp., referencia PE 745.682 ;
- **Mexique** : FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. : [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: México](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), junio 2023, XIV y 161 pp., referencia PE 745.683 ;
- **Suisse** : HERTIG RANDALL, M. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2023, XII et 183 pp., référence PE 745.684 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2023, X e 105 pp., referencia PE 745.685.

VIII. Liberté d'entreprise

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Die unternehmerische Freiheit, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2024, XV und 140 S., Referenz PE 760.415 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: [La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), marzo 2024, XVI y 160 pp., referencia PE 760.373 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C.: [La liberté d'entreprise, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2024, XII et 124 pp., référence PE 762.291;
- **Mexique** : FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. : [La libertad de empresa, una perspectiva de Derecho Comparado: México](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), mayo 2024, XIV y 194 pp., referencia PE 762.318 ;
- **Union européenne** : ZILLER, J. : [La liberté d'entreprise, une perspective de droit comparé : Union européenne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2024, XII et 135 pp., référence PE 757.620.

Cette série sera publiée dans le courant de 2024.

IX. Droit d'exception (bases juridiques pour les mesures anti COVID-19)

- **Allemagne** : SCHÄFER, B. :
[Das Recht des Ausnahmezustands im Rechtsvergleich - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), mai 2020, IV und 35 S., Referenz PE 651.938 (version originale en allemand) ;
[Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Allemagne : non-utilisation du droit d'exception en faveur de l'application du droit ordinaire](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2020, IV et 38 pp., référence PE 651.938 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BOUHON, F., JOUSTEN, A., MINY, X. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - Belgique : Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2021, X et 161 pp., référence PE 690.581 ;
- **Espagne** : LECUMBERRI BEASCOA, G. :
[El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2020, II y 19 pp., referencia PE 649.366 (version originale en espagnol) ;
[Das Notstandsrecht, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien: Alarmzustand](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2020, II und 20 S., Referenz PE 649.366 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
[Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Espagne : état d'alerte](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2020, II et 19 pp., référence PE 649.366 (version en français) ;
[Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato - Spagna: stato di allarme](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), aprile 2020, II e 20 pp., referencia PE 649.366 (version en italien avec commentaires ajoutés) ;
[El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), 2a edición (aumentada y puesta al día), julio 2020, VI y 69 pp., referencia PE 652.005 ;
- **France** : ZILLER, J. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - France : lois d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2021 (mise à jour du 1^{er} juin 2021), X et 105 pp., référence PE 690.624 ;
- **Italie** : ALIBRANDI, A. : [Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato - Italia: stato di emergenza](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), giugno 2020, VIII e 49 pp., referencia PE 651.983.

X. Ratification des traités internationaux

- **Allemagne** : GRAF VON KIELMANSEGG, S. : [Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2018, VIII und 47 S., Referenz PE 620.232 (version originale en allemand) ;
[Ratificación de los tratados internacionales: una perspectiva de Derecho Comparado - Alemania](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2018, X y 55 pp., referencia PE 620.232 (version en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
[La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, XII et 68 pp., référence PE 689.340 (version en français mise à jour avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2020, VI et 44 pp., référence PE 646.197 ;
- **Canada** : PROVOST, R. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2018, VI et 34 pp., référence PE 633.186 ;
- **Espagne** : FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. : [La ratificación de los tratados internacionales, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), septiembre 2021, VIII y 80 pp., referencia PE 698.044 ;
- **États-Unis** : WINSTON, A. M. : [Ratification of international treaties, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2020, VIII and 44 pp., reference PE 652.013 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2019, VI et 61 pp., référence PE 637.963 ;
- **Italie** : CAFARO, S. : [La ratifica dei trattati internazionali, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2018, VIII e 42 pp., referenza PE 625.128 ;
- **Maroc** : BERRAMDANE, A. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Maroc](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), décembre 2018, VIII et 52 pp., référence PE 630.337 ;
- **Portugal** : SALVAÇÃO BARRETO, P. : [A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado - Portugal](#), Unidade Biblioteca de Direito Comparado, Serviços de Estudos do Parlamento Europeu (EPRS), novembro 2018, VIII e 33 pp., referência PE 630.294 ;
- **Suisse** : DE ROSSA, F. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2018, VI et 35 pp., référence PE 614.719.

XI. Autres sujets

- **Droits d'auteur** : AA. Vv.: [Copyright Law in the EU: Salient features of copyright law across the EU Member States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), June 2018, VIII and 409 pp., reference PE 625.126 ;
- **Cour Suprême des États-Unis : nomination des juges** : DÍEZ PARRA, I. : [La nomination des juges de la Cour Suprême des États-Unis](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), septembre 2020, 10 pp., référence PE 652.103.
- **Jurisprudence sélectionnée** :
UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ : [Better Law-Making – Selected case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), January 2017, 5 pp ;
UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ : [Rule of law– Selected case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2017, 15 pp, reference PE 599.338 ;
MICHAELSEN, F. et DÍEZ PARRA, I. (coord.) : [Accession of the EU to the ECHR – Selected publications & case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2017, 7 pp, reference PE 607.299.
- **Publications sélectionnées** :
UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ : [Better Law-Making – Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), January 2017, 9 pp ;
UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ : [Rule of law– Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2017, 13 pp, reference PE 599.339 ;
UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ : [Better Law-Making – Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), February 2018, 9 pp, reference PE 614.712 ;
DIMBOUR, C. et DÍEZ PARRA, I. (dir.) : [Sélection de publications en droit comparé: Juridictions constitutionnelles : fondamentaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2020, 35 pp., référence PE 646.175.

Ce document s'intègre dans une série d'études qui, avec une perspective de droit comparé, visent à faire une présentation de la liberté d'entreprise dans différents ordres juridiques. Après avoir expliqué le droit positif et la jurisprudence d'application, le contenu, les limites et la possible évolution de cette liberté sont examinés.

La présente étude a pour objet le cas de la Suisse.

La liberté d'entreprise n'est pas expressément garantie en Suisse. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'utilisent cette terminologie. La liberté du commerce et de l'industrie, puis la liberté économique sont les libertés pertinentes dans le contexte helvétique.

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 garantit la liberté économique, laquelle englobe la liberté d'entreprise. Ainsi, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts de principe protégeant diverses composantes de cette dernière. La place des entreprises dans l'économie est prise en compte et protégée non seulement par le droit constitutionnel, mais aussi par le droit infra-constitutionnel.

La liberté d'entreprise est confrontée à de nombreux défis. Si elle est protégée en Suisse, elle subit néanmoins de nombreuses restrictions. La plupart des domaines du droit suisse sont pertinents à cet égard et forment un cadre au sein duquel est exercée et peut se développer la liberté d'entreprise.

La présente est une publication de l'Unité « Bibliothèque de droit comparé »
EPRS| Service de recherche du Parlement européen

Ce document a été préparé à l'attention des députés et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.

PE 762.343

Papier ISBN 978-92-848-1869-3 | doi:10.2861/003801 | QA-09-24-322-FR-C

PDF ISBN 978-92-848-1868-6 | doi:10.2861/552876 | QA-09-24-322-FR-N