Schweizerische Juristische Gesellschaft SJG
Société suisse des juristes SSJ
Società giuridica svizzera SGS

CONGRÉS 2026

LA FONCTION INCITATIVE DES SUVENTIONS ET DES TAXES D'ORIENTATION A LA LUMIERE DE LA LIBERTE ECONOMIQUE

Prof. Dr. Clémence Grisel Rapin
Chaire de droit administratif, Faculté de droit, Université de Fribourg

1. Les subventions et les taxes d'orientation sont des instruments très différents, voire opposés, mais leur fonction incitative les rapproche à divers égards. Ces deux instruments visent à encourager des comportements déclarés d'intérêt public : la subvention se comprend comme une prestation en argent ou appréciable en argent octroyée par une collectivité publique à une personne extérieure à l'administration dans le but de financer une tâche publique ou de favoriser un comportement d'intérêt public. Les instruments fiscaux (impôts et taxes d'orientation) visent en général une incitation négative : la taxation incite les administrés à renoncer ou à réduire certains comportements jugés négatifs du point de vue de l'intérêt public. Si le degré ou l'intensité de l'incitation peut varier, celle-ci vise toujours l'accomplissement d'un but d'intérêt public (économique, social, culturel environnemental, etc).

2. Ces deux types d'instruments d'incitation sont susceptibles d'avoir des *effets sur la liberté économique*. En matière de subventions, la question est identifiée depuis longtemps. L'octroi d'aides financières ou d'allègements fiscaux à certains acteurs du marché, par exemple, revient à leur accorder un avantage par rapport aux autres. Il y a donc un risque d'atteinte à la neutralité concurrentielle et à l'égalité de traitement entre concurrents, garantis par la liberté économique. Cela, même si la mesure d'encouragement ne vise pas spécifiquement à diriger l'économie, mais qu'elle a un autre but d'intérêt public. Quant à la contribution publique d'orientation, en tant que mesure contraignante, elle peut constituer en soi une restriction de la liberté économique protégée par l'art. 27 Cst. Elle risque également de violer l'égalité de traitement entre concurrents ou de porter atteinte d'une autre manière au principe de l'économie de marché, notamment si elle vise un but protectionniste ou de politique économique prohibé.

3. La jurisprudence exclut traditionnellement les subventions et les contributions publiques du *champ de protection de la liberté économique*. Or, compte tenu de leurs effets potentiels sur le marché et sur la liberté économique de ses acteurs, ces deux types de mesures devraient pouvoir faire l'objet d'un examen sous l'angle des art. 27 et 94 Cst.

4. Outre la problématique du champ de protection, se pose la question de la *portée de la liberté économique*. De grandes incertitudes demeurent à cet égard, qui s'expliquent de plusieurs manières. D'abord, il manque aux subventions et aux taxes causales un régime légal strict, laissant aux autorités d'application une grande marge d'appréciation. Ensuite, le Tribunal fédéral examine la constitutionnalité des subventions et des taxes d'orientation avec une grande retenue – pour autant qu'il entre en matière. De plus, il définit de façon très étroite le rapport de concurrence pouvant justifier un traitement égal. Ce sont autant d'éléments qui ont pour

effet de réduire la portée accordée à la liberté économique. Ces différents aspects mériteraient d'être repensés, en particulier au vu des développements récents de deux types de mesures d'incitation, qui sont désormais d'importants instruments de politiques publiques.

5. Enfin, les possibilités de *contrôle* de la constitutionnalité des subventions et des contributions d'orientation devraient être renforcées. En matière de subventions, la question d'une surveillance systématique ou préventive des aides d'Etat se pose depuis longtemps. Les ouvertures envisagées dans le contexte des accords avec l'UE sont uniquement sectorielles. Quant au contrôle judiciaire, aujourd'hui restreint à plusieurs égards, il mériterait d'être plus ouvert.