

David Hofmann

Docteur en droit

**La liberté économique suisse
face au droit européen**



Stämpfli Editions SA Berne · 2005

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	V
REMERCIEMENTS.....	IX
SOMMAIRE.....	XI
TABLE DES MATIÈRES.....	XIII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXI

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT SUISSE

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.....	8
A. LES DISPOSITIONS ÉCONOMIQUES DANS LA CONSTITUTION.....	8
B. LES TROIS FONCTIONS DE LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE	9
1. La fonction individuelle.....	10
2. La fonction institutionnelle.....	11
3. La fonction fédérative.....	13
II. HISTORIQUE.....	16
A. AVANT 1848.....	16
B. LA CONSTITUTION DE 1848.....	19
C. LA CONSTITUTION DE 1874.....	20
D. LA RÉVISION DE 1947.....	22
E. APRÈS LA RÉVISION DE 1947.....	23
III. LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE.....	24
A. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	24
1. Le champ d'application personnel.....	25
1.1 La distinction entre producteur et consommateur.....	26
1.2 Les personnes physiques et les personnes morales.....	28
1.3 Le lien avec l'État.....	29
a) Les personnes physiques se trouvant dans un rapport de droit spécial avec l'État	30
b) Les collectivités publiques.....	31
c) Les entités décentralisées chargées de tâches publiques	34
1.4 Le critère de la nationalité.....	53
2. Le champ d'application matériel.....	55
2.1 Une activité.....	56
2.2 Une activité <i>économique</i>	59
2.3 Une activité <i>privée</i>	61
2.4 Le taux de l'activité	63

3. Le champ d'application spatial	64
4. Le champ d'application temporel	66
B. LA PORTÉE	66
1. Le libre choix de la profession	67
2. Le libre accès à une activité économique privée	68
3. Le libre exercice d'une activité économique privée	69
4. La loi sur le marché intérieur	71
5. L'utilisation et l'accès au domaine public	74
C. APPRÉCIATION	78
IV. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	78
A. DÉFINITION : L'ABSENCE D'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS L'ÉCONOMIE	79
B. LA NATURE JURIDIQUE	80
C. LES CONSÉQUENCES	82
1. L'interdiction des monopoles	83
2. L'interdiction de la clause du besoin	84
3. L'interdiction de la fixation des prix par l'État	88
4. L'exigence de la neutralité concurrentielle de l'État	90
5. L'exigence de l'égalité de traitement entre concurrents	95
D. APPRÉCIATION	99
V. LE RÉGIME DES RESTRICTIONS ET DES DÉROGATIONS	100
A. HISTORIQUE : L'EXAMEN SOUS L'ANGLE DE L'INTÉRÊT PUBLIC	101
1. L'élaboration de la triade par le Tribunal fédéral	102
1.1 Les mesures de police	104
1.2 Les mesures de politique sociale	105
1.3 Les mesures de politique économique	106
2. La réaction de la doctrine	107
3. La révision totale de la Constitution et l'attitude inchangée du Tribunal fédéral dans ce domaine	109
B. LE RÉGIME DES RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	113
1. L'existence d'une restriction	113
2. Les conditions de restriction	117
2.1 La base légale	118
2.2 L'intérêt public	120
2.3 La proportionnalité	122
2.4 Le respect de l'essence de la liberté	124
C. LE RÉGIME DES DÉROGATIONS AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	126
1. Les exigences formelles : nécessité d'une clause constitutionnelle fédérale ou d'un droit régalien cantonal	126
1.1 Les mesures restrictives fédérales	127
a) Les autorisations constitutionnelles explicites	127
b) Les autorisations constitutionnelles implicites	127
1.2 Les mesures restrictives cantonales	133
a) La clause du besoin en matière d'hôtellerie et de restauration	133
b) Les régales historiques	134
c) Les autres monopoles	136
2. Les exigences matérielles : les conditions de dérogation	143
2.1 Existence de conditions de dérogation ?	143
2.2 La condition de la subsidiarité	144
D. APPRÉCIATION	144

VI. LA PROTECTION JUDICIAIRE	145
A. HISTORIQUE	145
B. LES VOIES DE RECOURS	148
1. Au niveau cantonal	148
2. Au niveau fédéral	149
2.1 Le recours administratif fédéral	149
2.2 Le recours de droit administratif	150
2.3 Le recours de droit public	151
2.4 Les recours selon la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral	152
C. L'ABSENCE DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS FÉDÉRALES	154
1. Le problème	154
2. L'évolution de la pratique du Tribunal fédéral	155
3. La situation actuelle	157
4. La situation concernant la liberté économique en particulier	160
5. Appréciation	161
VII. APPRÉCIATION GÉNÉRALE DU DROIT SUISSE	162

DEUXIÈME PARTIE : LE DROIT COMMUNAUTAIRE

I. HISTORIQUE	165
A. LES ORIGINES : L'UEO, LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA CECA	166
B. LES TRAITÉS DE ROME (CEE ET CEEA) ET L'AELE	168
C. L'ACTE UNIQUE EUROPÉEN	170
D. L'ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN	172
E. LES TRAITÉS DE MAASTRICHT ET D'AMSTERDAM	173
F. L'EURO, LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX, LE TRAITÉ DE NICE ET LA CONVENTION	176
G. L'EXPIRATION DU TRAITÉ CECA	179
H. LE TRAITÉ D'ATHÈNES ET L'ÉLARGISSEMENT À 25 PAYS MEMBRES	179
I. LE TRAITÉ CONSTITUTIONNEL DE 2004	180
II. QUELQUES PRINCIPES IMPORTANTS DU DROIT COMMUNAUTAIRE.....	181
A. LA PRIMAUTÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE, L'APPLICABILITÉ DIRECTE ET LA VALIDITÉ IMMÉDIATE	181
B. LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX	186
C. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION EN RAISON DE LA NATIONALITÉ	188
III. LES LIBERTÉS DE CIRCULATION	192
A. LE MARCHÉ INTÉRIEUR : BUT OU POINT DE DÉPART ?	193
1. Marché commun et marché intérieur	193
2. La notion de marché intérieur	198
2.1 Généralités : les textes et l'histoire	198
2.2 La doctrine	200
2.3 La jurisprudence	202
2.4 Appréciation	203
3. La procédure simplifiée au sens de l'art. 95 TCE	204
4. La suppression des frontières	206
5. Le marché intérieur et les libertés	208

B. GÉNÉRALITÉS APPLICABLES À TOUTES LES LIBERTÉS	208
1. L'élément transnational.....	209
2. La protection contre l'État	213
2.1 Le principe	213
2.2 L'exception : l'effet horizontal	214
3. Des obligations positives de l'État ?	216
4. Les restrictions aux libertés.....	218
4.1 Généralités	218
4.2 L'atteinte	220
4.3 La base légale.....	221
4.4 Les raisons impérieuses d'intérêt général	221
4.5 La proportionnalité.....	227
a) L'aptitude	229
b) La nécessité.....	230
c) La proportionnalité au sens strict.....	231
C. LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES	231
1. L'Union douanière	233
1.1 L'interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent.....	233
1.2 L'interdiction des impositions intérieures discriminatoires.....	235
1.3 Le tarif douanier commun.....	238
2. L'élimination des restrictions quantitatives et l'interdiction des autres restrictions (non tarifaires).....	238
2.1 Principe.....	239
a) Les arrêts Dassonville, Cassis-de-Dijon et Keck & Mithouard.....	239
b) Les autres principes importants	243
c) Quelques exemples	244
2.2 Exceptions.....	249
a) Généralités	249
b) Exemples.....	250
D. LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	251
1. La libre circulation des travailleurs.....	253
1.1 Définition	253
1.2 Les emplois dans l'administration publique	255
1.3 Les restrictions.....	258
2. La liberté d'établissement	259
3. La reconnaissance des diplômes	261
E. LA LIBRE CIRCULATION DES SERVICES	263
1. La notion de service	263
2. La portée de la libre circulation des services	266
3. Exemples	268
4. Les restrictions	271
F. LA LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX ET DES PAIEMENTS	272
G. UNE LIBERTÉ ÉCONOMIQUE ?	272
1. La pratique de la Cour de justice.....	274
1.1 Les composantes de la liberté économique protégées par la Cour de justice	274
1.2 Les « conditions de restriction » ou la jurisprudence confuse de la Cour	277
2. La Charte des droits fondamentaux et le traité constitutionnel.....	281
3. Appréciation.....	284
3.1 Une liberté de circulation supplémentaire ?	285
3.2 Un droit fondamental supplémentaire ?	285

IV. L'EXIGENCE D'UNE ÉCONOMIE DE MARCHÉ OUVERTE OÙ LA CONCURRENCE EST LIBRE.....	286
A. LES SOURCES DU PRINCIPE DE L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ.....	289
1. Les traités	289
1.1 L'art. 2 TCE : la mission et les buts de la Communauté européenne	289
1.2 L'art. 3 TCE	293
1.3 L'art. 4 TCE	295
1.4 L'art. 98 et l'art. 105 TCE.....	297
1.5 L'art. 295 TCE	298
1.6 Appréciation.....	298
2. La jurisprudence	299
2.1 Quelques arrêts	299
2.2 Appréciation.....	303
B. GÉNÉRALITÉS SUR LES RÈGLES DE CONCURRENCE	304
C. LE DROIT ÉCONOMIQUE PRIVÉ	306
1. Considérations générales	306
2. Les accords entre entreprises.....	311
2.1 Généralités.....	311
2.2 Les conditions	313
a) Un accord	313
b) La restriction de la concurrence	315
c) L'affectation du commerce intracommunautaire	317
d) L'effet perceptible de l'accord.....	318
2.3 Exemples	320
3. L'abus de position dominante	321
3.1 Généralités.....	321
3.2 La détermination des marchés en cause	323
3.3 L'existence d'une position dominante	325
3.4 L'abus de position dominante	327
3.5 L'atteinte aux échanges entre États membres	329
3.6 Exemples	330
4. Le contrôle des concentrations d'entreprises	331
D. LES ENTREPRISES PUBLIQUES	334
1. La notion d'entreprise publique	335
2. Les exceptions pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général	337
3. Exemples	340
4. Appréciation	341
E. L'INTERDICTION DES AIDES D'ÉTAT	342
1. Structure	343
2. Les conditions de l'interdiction des aides d'État.....	344
2.1 Une aide.....	344
2.2 Une aide de provenance <i>étatique</i>	348
2.3 Une aide affectant la concurrence	349
2.4 Une aide touchant le commerce entre les États membres	351
3. Les exceptions	352
3.1 Généralités.....	352
3.2 Les aides admises d'office	352
3.3 Les aides pouvant être admises	353
4. Pouvoir de décision et les conséquences de l'interdiction des aides d'État	354
F. APPRÉCIATION GÉNÉRALE DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE.....	355

G. UNE GARANTIE DE L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ ?	356
1. La notion	356
2. Les exceptions	358
3. Appréciation	359
V. LA PROTECTION JUDICIAIRE.....	360
A. LES ORGANES	360
B. LES RECOURS AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE.....	361
C. APPRÉCIATION : L'ACCÈS INSUFFISANT AU JUGE COMMUNAUTAIRE.....	362
VI. APPRÉCIATION GÉNÉRALE DU DROIT COMMUNAUTAIRE.....	364

TROISIÈME PARTIE : LA SUISSE FACE AU CADRE EUROPÉEN

I. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX SUISSES CONCERNANT LE DROIT INTERNATIONAL.....	367
A. LA CONCEPTION MONISTE DU DROIT SUISSE	367
B. LA PRIMAUTÉ DU DROIT INTERNATIONAL.....	368
1. L'art. 5 al. 4 Cst	369
2. La doctrine	369
3. La jurisprudence	370
4. Les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969	373
5. Appréciation	373
C. L'APPLICABILITÉ DIRECTE.....	375
II. LES RELATIONS ENTRE LA SUISSE ET L'EUROPE.....	377
A. L'ASSOCIATION EUROPÉENNE DE LIBRE-ÉCHANGE (AELE).....	379
1. Les accords AELE de 1960 et 2001	379
2. La jurisprudence du Tribunal fédéral	382
3. Appréciation	383
B. L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE DE 1972 ENTRE LA SUISSE ET LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE.....	384
1. La conclusion de l'accord	384
2. Le contenu de l'accord	385
3. Le rôle du Comité mixte	387
4. La jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice des Communautés européennes.....	388
5. Appréciation	393
C. L'ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN (EEE).....	394
1. L'accord EEE	394
2. Le programme EUROLEX	397
3. Le refus suisse	397
4. Le programme SWISSLEX.....	398
D. LES ACCORDS BILATÉRAUX I.....	400
1. La libre circulation des personnes et des services.....	402
1.1 Généralités	402
1.2 La libre circulation des personnes.....	405

1.3 L'accès et l'exercice d'une activité économique	406
1.4 La « libre circulation » des services.....	408
1.5 La reconnaissance des diplômes	411
1.6 Appréciation de l'accord	413
2. L'accord sur le transport aérien.....	413
2.1 Généralités.....	414
2.2 Les règles de concurrence	416
2.3 La modification de l'art. 102a de la loi fédérale sur l'aviation.....	418
2.4 Illustration : le soutien financier étatique apporté à Swissair.....	421
a) Rappel des faits	422
b) Le plan de sauvetage et son coût.....	424
c) Appréciation sous l'angle de l'accord sur le transport aérien	425
d) La réaction de la Communauté européenne.....	427
e) Appréciation	429
2.5 Appréciation de l'accord	430
3. Les autres accords	430
3.1 La reconnaissance mutuelle de l'évaluation de la conformité	431
3.2 Les marchés publics	433
3.3 L'agriculture.....	437
3.4 Le transport routier et ferroviaire.....	439
a) L'accès au marché routier	440
b) L'accès au marché ferroviaire.....	440
c) La politique commune des transports	441
d) Appréciation de l'accord	444
3.5 La recherche	444
4. Appréciation des accords bilatéraux I	445
E. LES ACCORDS BILATÉRAUX II (AU SENS LARGE).....	449
1. Historique.....	450
2. Les différentes composantes de l'accord politique du 19 mai 2004	452
2.1 Les accords bilatéraux II au sens strict.....	452
2.2 L'extension de l'ALCP aux nouveaux pays membres de la Communauté européenne	460
2.3 Le litige sur les réimportations/réexportations dans le cadre de l'Accord de libre-échange de 1972.....	461
2.4 La participation de la Suisse à la cohésion économique et sociale de l'Union européenne	464
3. Appréciation des accords bilatéraux II au sens large	465
F. APPRÉCIATION GÉNÉRALE	466
III. LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	468
A. L'ART. 6 §1 CEDH.....	468
1. Généralités.....	468
2. L'art. 6 CEDH et la fonction publique	475
B. L'ART. 1 PROTOCOLE ADDITIONNEL NO 1 CEDH.....	482
C. L'ART. 10 CEDH.....	485
D. L'ART. 4 CEDH.....	488
E. LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA CEDH	490
F. APPRÉCIATION GÉNÉRALE	491
IV. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN	491
A. LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	492

1. Le champ d'application.....	492
1.1 Le champ d'application personnel.....	492
a) Les personnes physiques se trouvant dans un rapport de droit spécial avec l'État.....	493
b) Les entités décentralisées chargées de tâches publiques.....	495
c) L'extension aux ressortissants communautaires.....	497
1.2 Le champ d'application spatial.....	499
2. La portée : le marché intérieur suisse.....	499
2.1 Le marché intérieur suisse et les accords bilatéraux.....	500
2.2 La révision de la LMI.....	502
a) Les raisons du projet de révision.....	502
b) Les propositions figurant dans le projet de révision de la LMI.....	503
(i) L'extension à l'établissement de la liberté d'accès au marché.....	504
(ii) La restriction des possibilités de limitation de la liberté d'accès au marché.....	505
(iii) L'extension de la reconnaissance des certificats de capacité.....	506
(iv) L'instauration d'un droit de recours pour la Commission de la concurrence.....	508
c) Appréciation du projet de révision de la LMI.....	511
2.3 La création jurisprudentielle d'un marché intérieur suisse ?.....	513
3. Appréciation.....	514
B. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE.....	514
1. Le principe de l'économie de marché.....	515
2. Le droit « privé » de la concurrence : cartels et abus de position dominante.....	517
3. L'absence dans la Constitution fédérale de dispositions explicites relatives aux entreprises publiques.....	518
3.1 L'apport du droit communautaire.....	518
3.2 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	520
3.3 La pratique en Suisse.....	521
4. L'absence dans la Constitution fédérale de dispositions explicites relatives aux aides d'État.....	524
5. Appréciation.....	526
CONCLUSION.....	527
BIBLIOGRAPHIE.....	533