

TRAVAUX DE SCIENCE POLITIQUE

Nouvelle série
n° 20

**La construction du marché intérieur suisse à la
lumière de l'expérience européenne : centralité et
intervention contrastée des Hautes Cours dans les
processus d'intégration économique**

Léonard Rey

Université de Lausanne
Institut d'études politiques et internationales
Bâtiment Humense - 1015 Lausanne

Cette collection vise à diffuser des travaux de chercheurs rattachés au Département de Science Politique de l'Université de Lausanne. Il peut s'agir de textes en pré-publication, de communications scientifiques ou de documents pédagogiques. Ces travaux sont publiés sur la base d'une évaluation interne par trois membres de l'IEPI. Les opinions émises n'engagent cependant que la responsabilité de l'auteur.

Le texte publié ici est une version légèrement remaniée d'un mémoire de licence soutenu à la Faculté des Sciences Sociales et Politiques de l'Université de Lausanne en mai 2005, effectué sous la direction du Dr. André Mach.

Je tiens à exprimer ici ma gratitude à André Mach pour ses conseils pertinents et son soutien amical. Je remercie chaleureusement Bernard Voutat qui a accepté d'officier en tant qu'expert lors de la défense du mémoire. J'associe également à ces remerciements Yannis Papadopoulos qui a eu la gentillesse de relire la version originale de ce travail et d'y apporter ses commentaires. Qu'ils reçoivent tous l'expression de ma reconnaissance pour l'opportunité qu'ils m'ont offerte de publier ce travail. Selon la formule consacrée, je reste seul responsable des propos publiés ici.

© Copyright by Léonard Rey, 2005
Prof. responsable pour la présente publication:
André Mach, 2005

Introduction

Au début des années 1990, quand la perspective pour la Suisse de se rapprocher de l'Espace économique européen (EEE) se précisa, les préoccupations principales du pays se concentrèrent sur les adaptations qu'impliquait une éventuelle participation à cet ensemble. Un fait est alors apparu plus clairement : la Suisse n'a pas de marché intérieur unifié. Le fédéralisme a en effet conduit à ce que de nombreuses dispositions cantonales discriminent les sujets économiques externes. Les différents règlements cantonaux empêchent ainsi le libre accès au marché dans toutes sortes de domaines de telle manière qu'il ne saurait être question de parler de libre prestation des services, de libre circulation des personnes et, dans une certaine mesure, de libre circulation des marchandises¹. « En termes d'accès au marché, 140 ans de fédéralisme suisse [ne sont pas] parvenus à une intégration économique aussi avancée que 30 ans de construction européenne! » (Zogg 2001 : 14). L'intégration économique dans le cadre de l'Union européenne (UE) a en effet progressé bien plus rapidement que la mise en place effective d'un marché intérieur suisse. Au niveau européen, grâce à la mise en place du marché unique, la réalisation effective de la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux est une chose largement acquise depuis l'entrée en vigueur de l'Acte unique.

L'espace économique suisse, au sens de marché intérieur, est le fruit d'un développement progressif dont l'origine réside dans la création de l'Etat fédéral. La réalisation d'un marché intérieur, par lequel les frontières cantonales seraient supprimées permettant ainsi l'exercice libre d'une activité économique, était un but avoué de l'Etat fédéral. Cependant, dans le cadre du fédéralisme, des secteurs très importants sont restés du ressort des cantons et, dans les faits, le marché intérieur suisse n'existe pas pour de nombreuses professions. Dans plusieurs domaines, les réglementations cantonales entravent ainsi la mobilité professionnelle et la libre prestation des services. D'une manière générale, le principe du fédéralisme a dominé constamment les priorités économiques. Par ailleurs, à côté des dispositions de droit public s'ajoutent toutes les entraves relevant du droit privé. L'existence de nombreuses ententes cartellaires a biaisé – et biaise encore (?) – la concurrence pendant longtemps en Suisse. Par conséquent, un ensemble d'obstacles à la fois privés et publics a restreint clairement la libre prestation des services et la mobilité professionnelle dans notre pays.

¹ La libre circulation des capitaux est quant à elle largement réalisée par l'existence d'une monnaie unique, des banques à l'œuvre dans tout le pays et l'absence d'une influence étatique sur les activités de crédit. La libre circulation des marchandises est un but quasiment acquis. Quelques entraves persistent toutefois dans l'existence de certaines prescriptions cantonales sur les produits ou encore dans l'application différente des prescriptions fédérales par les autorités cantonales (Conseil fédéral 1995 : 1205-1208).

Le programme de « régénération » de l'économie suisse adopté en 1993 après le rejet de l'Accord EEE s'est largement inspiré de ces constatations. En réponse aux craintes similaires des différents acteurs politiques, économiques et scientifiques (Mach 1999), le Conseil fédéral a fait de la loi sur le marché intérieur (LMI) l'un des aspects centraux du renouvellement de l'économie helvétique. Avec cette loi, le gouvernement entendait modifier le fonctionnement interne de l'économie suisse. Pour créer un véritable marché intérieur, la voie la plus directe passe à première vue par une harmonisation des diverses législations cantonales. Une telle approche était néanmoins problématique dans ce cas-ci dans la mesure où cette solution pouvait nécessiter, à l'époque de l'adoption de la loi, une nouvelle base constitutionnelle². Dans tous les cas, cette solution aurait été fortement contestée. Le Conseil fédéral (1995) s'inspira alors de l'expérience de l'intégration économique européenne. Dans la mise en place d'un marché intérieur, il s'avère en effet que la Suisse et l'Union européenne doivent faire face, en tant qu'entités aux structures fédérales ou interétatiques, à la même tension entre, d'une part, la nécessaire prise en compte de la souveraineté des Etats qui les composent et, d'autre part, la réalisation effective d'un marché intérieur.

La voie suivie par l'Europe a privilégié, le plus souvent possible, l'application du principe de la reconnaissance mutuelle plutôt que le recours à un lourd processus d'harmonisation des législations nationales. Ce principe, en permettant de trouver un équilibre dans la tension entre souveraineté des Etats et marché intérieur, a relancé le processus d'intégration économique européen après qu'il ait été bloqué pendant plusieurs années. C'est par son intermédiaire que le marché intérieur européen a pu se développer aussi rapidement et se concrétiser de manière aussi large. Or ce principe s'est imposé en Europe grâce à la Cour de Justice des Communautés européennes (CJE) qui a permis, par son arrêt « Cassis-de-Dijon », à la Commission de faire de la reconnaissance mutuelle le principe fondamental de l'intégration économique. C'est également par l'interprétation généreuse de la CJE que ce principe a pu être étendu de la libre circulation des marchandises aux trois autres libertés. De fait, la CJE a joué un rôle très important dans l'instauration d'un marché unique en Europe.

En Suisse, le législateur a voulu que la LMI soit une loi-cadre qui se limite à fixer les critères juridiques nécessaires à l'instauration d'un marché intérieur. On renonçait ainsi à harmoniser d'une manière centralisée les différentes pratiques cantonales. Afin de garantir le libre accès au marché, la loi recourt à deux instruments : le principe de la non-discrimination des offreurs externes et le principe

² Dans l'ancienne Constitution, la tâche dévolue à la Confédération d'unifier le marché intérieur suisse était beaucoup moins explicite qu'elle ne l'est aujourd'hui avec la Constitution révisée de 1999. A l'époque, plusieurs cantons et différents représentants parlementaires avaient émis des doutes quant à la constitutionnalité de la LMI. Ces oppositions ne plaidaient pas pour une option trop centralisatrice de la part des autorités fédérales. Nous y reviendrons plus tard.

de la reconnaissance mutuelle adapté et appliqué au cadre juridique suisse. L'article 2 LMI concrétise le principe du « Cassis-de-Dijon » en énonçant que « 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 » (LMI, RS 943.02). L'accès au marché est donc régi par les prescriptions applicables au lieu de provenance de la personne ou de l'entreprise offreuse, bien entendu sous certaines conditions relatives à l'intérêt public des cantons.

Le Conseil fédéral, dans sa volonté de rénover le marché intérieur helvétique, a donc transposé les principes européens du marché unique au contexte suisse. Cette décision paradoxale pour un pays ayant toujours favorisé la « course en solitaire » ne peut se comprendre qu'en fonction des transformations de l'environnement international, sur le plan économique et institutionnel, du début des années 1990 et de ses répercussions sur le plan interne. La LMI devait permettre ainsi de combler les disparités entre le fonctionnement de l'économie suisse et le fonctionnement de l'économie européenne et mondiale nouvellement libéralisée. Malgré cela, la concrétisation du marché intérieur suisse ne s'est pas réalisée au moment de la mise en œuvre de la LMI. Contrairement à ce qui s'est passé en Europe, les secteurs qui étaient fortement réglementés n'ont pas véritablement bénéficié du libre accès au marché de sorte qu'une révision de la LMI est actuellement en cours. Il faut cependant souligner que cette révision de la LMI « a des prétentions économiques moins ambitieuses que le programme de marché unique de l'UE. Pour disposer d'un véritable programme de marché intérieur, la Suisse devrait procéder à des travaux législatifs supplémentaires et à certaines modifications constitutionnelles » (Conseil fédéral 2005 : 431-432).

Parmi les différentes causes avancées pour expliquer cet échec, la pratique jurisprudentielle du Tribunal fédéral occupe une position capitale. Le législateur a en effet voulu que la mise en œuvre de la loi repose sur les actions en justice des individus ; l'effectivité et l'efficacité de la LMI sont ainsi étroitement liées aux décisions du Tribunal fédéral. Les difficultés qui apparurent sont de deux ordres mais elles sont complémentaires. Premièrement, la jurisprudence a favorisé le principe du fédéralisme sur la réalisation du marché intérieur. Cette situation n'est pas nouvelle puisque la même constatation avait déjà été soulignée à l'époque dans le message du Conseil fédéral (1995 : 1199). La principale conséquence des jugements du Tribunal fédéral dans ce domaine est de réduire alors les effets potentiels de la LMI. La seconde difficulté réside dans le petit nombre de recours interjetés par les particuliers. De ce fait, la jurisprudence n'a pu aborder la question de la liberté d'accès au marché que de façon fragmentée, selon une stratégie peu cohérente et à des rythmes variés selon les secteurs. La durée, les coûts et l'issue incertaine des

recours compte tenu de la pratique du Tribunal fédéral peuvent expliquer cette retenue de la part des personnes potentiellement lésées (OPCA 2000).

Hier comme aujourd'hui, l'un des plus grands désavantages pour la Suisse du mode de fonctionnement de son économie intérieure est illustré par le phénomène de la discrimination à rebours. Parmi tous les inconvénients qu'implique la segmentation du marché intérieur, ce dernier est le plus inouï. Il signifie qu'un Etat accorde un traitement défavorable à ses propres ressortissants (ou ses produits) par rapport à des ressortissants (ou des produits) d'autres Etats qui bénéficient de leur côté d'accords internationaux. La LMI prévoyait expressément l'interdiction de ce risque. Dans le cadre d'accords internationaux conclus par la Confédération, tous les offreurs nationaux devaient être placés sur un pied d'égalité par rapport aux offreurs étrangers en ce qui concerne l'accès au marché. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral peut rendre caduque cette disposition et avoir un effet inverse. En effet, dans certaines circonstances, elle peut conduire à une situation de discrimination à rebours. La probabilité de rencontrer cette situation a ainsi augmenté avec l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux sur la libre circulation des personnes. Les cantons sont désormais amenés à traiter des demandes d'exercer une profession réglementée de la part de personnes ayant un cursus professionnel différent. Dans cette procédure s'applique le principe de la reconnaissance mutuelle³. Il existe dès lors un risque de discrimination à rebours puisqu'un ressortissant suisse pourrait être moins bien loti qu'un ressortissant européen en raison notamment de l'exclusion, en Suisse, de la liberté d'établissement du principe d'accès au marché.

Bien sûr, une loi fédérale harmonisant les différentes législations cantonales aurait pu créer plus sûrement un marché intérieur en Suisse. En raison toutefois des incertitudes entourant la constitutionnalité d'une telle démarche mais également des réticences plus générales des cantons à l'égard de cette loi, la commission d'étude proposa, lors de l'élaboration du projet, une réglementation sous forme de loi-cadre. Cependant, comme le souligne la Commission de gestion du Conseil national (2000 : 5609), « le caractère supplétif de la loi ne dispensait pas les cantons d'adapter leur législation aux principes exposés dans la LMI. [L'existence d'une loi-cadre] ne voulait pas dire que les cantons étaient libres d'adapter ou non leur législation ». Il

³ Le Message du Conseil fédéral relatif aux Accords bilatéraux I (1999 : 5465 et 5619) énonce que « L'accord règle également la reconnaissance mutuelle des diplômes et des qualifications professionnelles » et que « Dans le dossier de la circulation des personnes, les négociations ont porté sur les objets suivants: [...] la reconnaissance mutuelle des diplômes et formations professionnels ». On peut également se référer à l'article 9 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681) qui affirme : « Afin de faciliter aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et de la Suisse l'accès aux activités salariées et indépendantes et leur exercice, ainsi que la prestation de services, les parties contractantes prennent les mesures nécessaires, conformément à l'annexe III, concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres et la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des parties contractantes concernant l'accès aux activités salariées et non salariées et l'exercice de celles-ci ainsi que la prestation de services ».

ressort de tous ces éléments que, d'une manière générale, la situation qui prévaut actuellement n'est pas satisfaisante. A cause de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le potentiel de la LMI n'a pas été exploité comme il aurait pu l'être. Le marché intérieur n'est toujours qu'une ambition non réalisée pour plusieurs professions et il persiste encore des cas où une discrimination à rebours est possible. Comment justifier dès lors qu'un petit pays au cœur de l'Europe comme la Suisse soit dépourvu d'un véritable marché intérieur, que des professions y soient autorisées par certains cantons alors que d'autres en interdisent la pratique, que les conditions d'accès au marché y soient différenciées au point de léser la mobilité des personnes souhaitant travailler ou s'installer à quelques pas de chez eux ? Dans le même domaine, l'Union européenne apparaît à maints égards comme une entité plus intégrée que la Suisse, Etat fédéral depuis plus de cent cinquante ans maintenant. Dans un environnement de plus en plus globalisé, la Suisse ne peut que se réformer pour s'adapter à ce monde changeant.

On le voit dans ce qui précède : des incohérences sérieuses caractérisent la situation du marché intérieur en Suisse. Le contraste est en tout cas frappant lorsque l'on considère ce qui s'est fait à ce niveau en Europe ces dernières décennies. Quoi qu'il en soit, tout, dans cette problématique, nous ramène au rôle central joué par les autorités judiciaires et par conséquent par le Tribunal fédéral. La Suisse a repris dans son projet de réforme du marché intérieur les principes juridiques fondamentaux de l'Union européenne en matière de libre circulation. Concrètement, le Conseil fédéral a tenté à travers la LMI de transposer à la Suisse la logique d'intégration économique qui avait été à l'œuvre en Europe quelques années auparavant. Dans cette optique, la Suisse s'est réappropriée, en se basant sur le principe du « Cassis-de-Dijon », la propre interprétation de la CJE des articles 30-36 du Traité de Rome (TCE) qui codifient l'élimination des restrictions quantitatives entre les Etats membres. A ce stade, le raisonnement pouvait sembler cohérent. Les cantons, tout comme les Etats membres au niveau européen, étaient invités à concilier leurs pratiques réglementaires avec les principes de la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux. Dans le cas contraire, ils s'exposaient aux recours de personnes s'estimant lésées dans leur droit d'accès au marché. Cette logique omettait pourtant un acteur central : le Tribunal fédéral qui, dans sa jurisprudence, a privilégié la souveraineté cantonale et le principe fédéraliste sur la réalisation du marché intérieur. On comprend ainsi l'importance décisive que joue le droit par l'intermédiaire de la jurisprudence des Hautes Cours dans les processus d'intégration économique en Suisse et en Europe.

Notre intention consistera dans ce travail à contraster le processus d'intégration économique de l'UE en présentant le cas de la construction du marché intérieur en Suisse. La littérature qui s'attache à analyser ce processus d'intégration accorde en général un rôle capital à la CJE dans la mise en place du marché unique. En nous basant sur elle, nous nous appliquerons à comprendre la dynamique qui a prévalu

dans notre pays pour pouvoir dégager ultérieurement les parallèles et les différences entre les deux situations. A cette fin, notre travail se focalisera tout particulièrement sur l'action du Tribunal fédéral dans la mise en œuvre de la LMI. A l'aide de quelques cas jurisprudentiels, nous tâcherons de présenter aussi largement que possible l'argumentation des juges de Mon Repos quant à l'interprétation qu'il convient de donner, selon eux, aux dispositions de la loi. Nous essaierons également de tirer quelques enseignements de l'attitude contradictoire qu'a eu le Tribunal fédéral dans les domaines de l'ouverture du marché intérieur et de la libéralisation du secteur de l'électricité, des affaires similaires du point de vue de la tension souveraineté cantonale/libéralisation.

Notre travail s'orientera essentiellement vers la résolution de ces questions : En quoi consiste l'argumentation du Tribunal fédéral quant à son interprétation des dispositions de la LMI? De quelle manière prend-il en considération l'opposition des principes de la concurrence et du fédéralisme, principes qui sous-tendent la LMI mais qui se retrouvent aussi dans le cas de la libéralisation du marché de l'électricité? Comment expliquer le fait que le Tribunal fédéral ait joué un rôle de frein dans l'intégration économique de la Suisse ? Plus généralement, quelles sont les similitudes et les différences, sous l'angle du rôle des Hautes Cours, dans les processus d'intégration économique en Europe et en Suisse? Enfin, quel rôle peut-on attribuer, aux vues de ces différents exemples, aux autorités judiciaires dans la vie politique en générale?

Ce travail se compose de trois grandes parties. La première partie, composée de quatre chapitres, se penche sur l'action de la CJE dans le processus d'intégration économique de l'Union européenne. Après une présentation générale du processus d'intégration et de ses relations avec les dimensions intergouvernementales de la prise de décision et supranationales du droit européen (1.1), le second chapitre expose le processus par lequel la CJE s'est progressivement révélée un acteur central, aussi bien du point de vue politique qu'économique et juridique, dans l'ensemble du processus d'intégration européenne. Ce chapitre rappelle ainsi qu'à l'origine la Cour de Luxembourg n'avait pas les moyens d'influencer la vie politique européenne mais qu'il a fallu pour elle construire les conditions de son intervention (1.2). Par conséquent, à partir du moment où le droit européen trouva une application directe et prima sur les droits nationaux, la CJE put influencer directement le développement de l'intégration économique. Le troisième chapitre s'intéresse ainsi au rôle de la Cour dans la réalisation effective du marché intérieur européen (1.3). Enfin, le dernier chapitre tente d'apporter quelques remarques et précisions sur l'influence générale de la CJE dans le processus d'intégration européenne (1.4).

La deuxième partie présente la construction du marché intérieur en Suisse. Le premier chapitre vise à contextualiser l'adoption d'une législation spécifique sur le marché intérieur. Il aborde ainsi les transformations de l'environnement international

et leurs répercussions sur le plan interne. Il s'agit de montrer quelles sont les nouvelles contraintes externes et internes sur la formulation des politiques économiques et sociales dans les années 1990 (2.1). Le second chapitre expose les éléments principaux de la LMI en soulignant leur lien évident avec le droit européen (2.2). Le troisième et dernier chapitre relève et explique le rôle central du Tribunal fédéral dans la mise en œuvre de la LMI et précise les principales difficultés qui entourent la jurisprudence relative à cette mise en œuvre (2.3).

La troisième partie s'intéresse tout particulièrement à l'action du Tribunal fédéral dans l'arbitrage qu'il doit mener entre le principe de la concurrence et le principe du fédéralisme dans deux domaines différents. Le premier chapitre cherche à montrer que, malgré des pouvoirs relativement réduits, le Tribunal fédéral peut être un acteur important de la vie politique suisse (3.1). Il expose, au même titre que le deuxième chapitre, les parallèles multiples qui existent entre les expériences européenne et suisse de construction d'un marché intérieur (3.2). Dans le troisième chapitre, nous étudions les principaux arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la LMI en fonction des trois problèmes régulièrement imputés à la jurisprudence fédérale (3.3). Les deux chapitres suivants abordent, l'un de manière précise en se penchant sur la révision de la LMI, l'autre de manière générale, la poursuite et l'intensification de la libéralisation de l'économie suisse (3.4 et 3.5). Enfin, le dernier chapitre revient sur l'action du Tribunal fédéral dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité. Après avoir présenté les principaux arguments des juges fédéraux, nous tenterons d'avancer quelques hypothèses qui pourraient expliquer le comportement contradictoire du Tribunal dans le cas de la LMI et dans le cas du marché de l'électricité (3.6).

Dans la partie conclusive, nous reviendrons plus longuement sur les similitudes et les différences qui traversent les situations européennes et suisses dans la mise en place d'un marché intérieur. Nous observerons alors le rôle que peut jouer le droit et les instances judiciaires dans la vie politique en générale.

Première partie

Illustration du processus d'intégration économique et de construction d'un marché intérieur à travers l'exemple européen

Le Conseil fédéral et, avec lui, l'ensemble des acteurs politiques et économiques du pays ont été sensibilisés de manière accrue, lors des débats et des négociations menés autour de l'Accord EEE au début des années 1990, à la problématique de la concurrence sur le marché intérieur. Le rejet de l'Accord par le peuple en 1992 ne remet absolument pas en cause leur volonté d'opérer une libéralisation des différentes politiques économiques ; au contraire, la nécessité d'une « régénération » de l'économie suisse exigeait l'adoption urgente de réformes à ce niveau (Mach 2001). La loi sur le marché intérieur adopté en 1995 visait ainsi à libéraliser les conditions d'accès aux marchés cantonaux et communaux. Dans l'élaboration de cette loi comme, d'ailleurs, de la loi sur les cartels⁴, les autorités politiques s'appuyèrent explicitement sur l'expérience européenne et transposèrent au contexte suisse plusieurs éléments du droit communautaire.

Dans cette partie, nous nous pencherons sur le rôle de la CJE dans le processus d'intégration de l'Union européenne. Nous verrons que, par son interprétation généreuse des dispositions du Traité de Rome, la CJE a exercé une influence considérable sur le développement général de l'Union européenne en tant qu'institution supranationale mais également sur différentes politiques communautaires, au premier rang desquelles se trouve la politique d'intégration économique. La LMI tente de reproduire au contexte suisse la logique d'intégration qui a prévalu quelques années plus tôt en Europe. De ce fait, elle fait du Tribunal fédéral une sorte d'« équivalent fonctionnel » de la CJE dans l'instauration d'un marché intérieur en Suisse. Cette volonté d'imitation du parcours européen en matière d'intégration économique implique pour nous de présenter cette dynamique d'intégration telle qu'elle s'est concrétisée en Europe. Le processus d'intégration européenne a été étudié par différentes approches théoriques. C'est toutefois la perspective néo-fonctionnaliste qui relève de manière la plus pertinente le rôle des acteurs supranationaux et tout particulièrement celui de la CJE dans ce processus⁵. Différents auteurs relevant de cette approche ont ainsi étudié comment la Cour de Luxembourg a réussi, d'une position de départ somme toute relativement fragile, à se hisser au sommet de l'ordre juridique européen et, à partir de cette position, comment

⁴ Les articles 85 et 86 du Traité de Rome ont servi de base à la rédaction des articles 5, 6 et 7 de la loi sur les cartels. Mach (2001 : 198) parle à ce sujet d'une « helvétisation » des articles 85 et 86 du Traité.

⁵ Dans ce travail, nous nous appuyons sur les travaux de chercheurs proches du courant « néo-institutionnaliste » qui se sont eux-mêmes inspirés de la perspective néo-fonctionnaliste pour construire leur théorie. Nous pensons tout particulièrement à Stone Sweet.

elle a favorisé la politique d'intégration et spécialement la création du marché intérieur.

1.1 L'intégration européenne : l'efficacité supranationale de l'intégration négative et la faiblesse intergouvernementale de l'intégration positive

A l'origine, la construction européenne fut incitée par des raisons politiques plutôt qu'économiques. Après la fin de la Seconde Guerre Mondiale, l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas choisirent de mettre en place un système politique qui présentait comme objectifs la reconstruction économique et politique de l'Europe et la pérennisation de la paix entre les nations du continent. L'aspect principal de ce projet réside alors dans l'intégration économique de la Communauté, c'est-à-dire « the process through which the economic and regulatory functions of the nation state are replaced by a common market » (Stone Sweet 2000 : 154). En effet, après l'échec de la Communauté européenne de défense en 1954, l'opinion des dirigeants d'Europe occidentale évolua vers la position selon laquelle il fallait se concentrer désormais, si l'on voulait accomplir quelques progrès, sur des objectifs économiques. A partir de cet instant, la logique de l'intégration économique se mit par conséquent à dominer et à régir l'évolution institutionnelle de l'Europe (Scharpf 2000).

Résultant de choix politiques et non d'une dynamique spontanée, l'intégration économique européenne prend forme à travers divers politiques (inter)gouvernementales qui cherchent à réaliser un vaste marché commun. Deux variantes d'intégration sont habituellement distinguées : l'intégration négative et l'intégration positive. L'intégration négative comprend des mesures visant à instituer des marchés (market-making) comme la levée des barrières douanières, la suppression des restrictions quantitatives et non tarifaires aux échanges et de tout obstacle à la libre concurrence. L'intégration positive passe, elle, par la construction d'un régime juridique supranational de régulation économique qui doit remplacer autant de systèmes nationaux de régulation. Contrairement à l'intégration négative, l'intégration positive regroupe à la fois des mesures d'institution de marchés (par exemple, l'harmonisation de normes techniques nationales sur les produits) et des mesures d'encadrement des marchés (market-correcting ; par exemple, la création de nouvelles règles de régulation des marchés au niveau supranational) (Scharpf 2000).

Or, l'un des aspects central du processus d'intégration européenne réside dans le caractère « asymétrique » du développement de l'intégration négative par rapport à l'intégration positive. Scharpf (2000 : 51-89) souligne avec raison le parallèle qui existe, d'une part, entre l'intégration négative et le caractère supranational du droit européen et, d'autre part, entre l'intégration positive et le caractère intergouvernemental de la prise de décision politique au niveau des Etats membres⁶.

⁶ Certains travaux nuancent quelque peu cette assertion en avançant le fait que la CJE a pu également faire avancer par ses jugements, de manière plus modérée, il est vrai, l'intégration positive

L'intégration négative a en effet pendant longtemps profité des avancées du droit communautaire en raison du fait qu'elle a trouvé dans le Traité de Rome une légitimation assez directe. La levée des barrières tarifaires aux échanges intracommunautaires était par exemple une exigence émanant des dispositions du Traité. En revanche, l'intégration positive a dû et doit encore généralement passer par des accords négociés entre les gouvernements des Etats membres. Par ailleurs, il était plus difficile de dériver des dispositions du Traité de Rome une quelconque obligation à adopter des mesures d'intégration positive. Dès lors, il est indéniable, compte tenu des intérêts souvent divergents qui animent les Etats membres, que la prise de décision entre gouvernements est beaucoup plus difficile à aboutir que des décisions de justice.

Historiquement, le marché commun constituait un objectif central du projet européen. Pourtant, après avoir supprimé les barrières tarifaires et les restrictions quantitatives aux échanges établissant ainsi une union douanière dès 1968, les Etats membres ne parvinrent plus que difficilement à faire progresser l'intégration économique européenne. L'instauration du vote à l'unanimité par le compromis du Luxembourg en 1966 ne vint pas faciliter la prise de décision au niveau du Conseil des ministres. Or, l'étape suivante dans la constitution d'un espace économique unifié en Europe ambitionnait d'instaurer la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes au sein de la Communauté. Dans ce but, il s'agissait de procéder à la levée des barrières non tarifaires aux échanges (toute mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives), ce qui signifie supprimer les pratiques discriminatoires à l'égard des biens et des prestataires de services étrangers et surtout harmoniser les réglementations nationales de police du commerce qui limitent l'accès au marché. Cet objectif relevait de la plus grande difficulté, étant donné la nécessité de trouver un accord général entre les gouvernements. L'action au niveau politique paraissait alors compromise par son caractère intergouvernemental.

A l'opposé de cette trajectoire, l'intégration juridique de la Communauté se développa continuellement, grâce notamment à l'affirmation par la CJE des doctrines de l'effet direct et de la primauté. Ces doctrines permirent au droit communautaire de prendre le pas sur les droits nationaux. Elles eurent ainsi pour effet de constitutionnaliser le Traité de Rome et toutes les normes qu'il contenait, en particulier celles relevant de l'intégration négative. Combinés à l'existence d'un mécanisme de renvoi préjudiciel, ces éléments donnèrent l'opportunité à la Cour de Luxembourg de prendre le relais des gouvernements sur le plan de l'intégration économique. Par son interprétation novatrice des articles du Traité touchant aux barrières non tarifaires aux échanges et à la mobilité, la Cour put poser les bases d'une « nouvelle approche » en matière d'intégration économique. En laissant penser

(Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Stone Sweet 2000). Cela fait dire à Stone Sweet et Fligstein (2002 : 1209-1210) que l'intégration négative et l'intégration positive ne répondent pas en fin de compte à des processus si différents.

que la reconnaissance mutuelle des réglementations nationales en matière de police du commerce pouvait être une alternative crédible à l'harmonisation communautaire, la CJE réussit, avec le concours de la Commission, à débloquer la situation et à faire sortir de l'impasse intergouvernementale la construction du marché intérieur en Europe.

Alors que l'intégration négative put s'amplifier en bénéficiant de l'appui trouvé dans le droit supranational européen, interprété à l'occasion par la CJE, l'intégration positive resta le plus souvent du ressort de la volonté commune des gouvernements des Etats membres. Or la nécessité de trouver un consensus entre les parties bloque souvent la prise de décision à ce niveau. L'introduction du vote à la majorité qualifiée lors de l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen a permis une certaine amélioration des procédures de décision mais n'a pas fondamentalement changé la donne. Une minorité de pays peut toujours bloquer une décision et, pour beaucoup de domaines, la règle de l'unanimité continue par ailleurs d'être appliquée. Globalement, l'unanimité ou la majorité qualifiée restent des points de veto. En fin de compte, seules les propositions présentant un gain potentiel pour une majorité voire l'ensemble des gouvernements pourront surmonter les blocages de la décision au niveau des Etats membres. Mais le plus souvent, ce type de solution négociée n'existera pas dans la mesure où les discussions mettront en avant des conflits rédhibitoires d'ordre idéologique (rôle des politiques publiques par rapport au marché), économique ou institutionnel (pratiques administratives, styles de politiques publiques) (Scharpf 2000).

En somme, il ressort que l'extension et l'approfondissement du droit européen a bénéficié de manière absolument inégale à l'intégration négative et à l'intégration positive. Le pouvoir d'intenter des poursuites contre des réglementations nationales qui ne respectaient pas les dispositions du Traité se limita surtout à des actions contre les barrières nationales aux échanges et à la mobilité. Rarement, il a été question des mesures portant sur l'intégration positive, visant à reconstruire au niveau supranational un système de régulation de l'économie intégrée. On pourrait expliquer cela en disant que le Traité ne contenait pas ou très peu de normes traitant cet aspect de l'intégration économique. C'est du moins la raison qui vient le plus rapidement à l'esprit. On peut également ajouter que la CJE, pour différentes raisons, n'a pas voulu agir ici comme elle l'a fait pour l'intégration négative. Il faut en tout cas rappeler que, dans sa majeure partie, le débat tournait autour de la réalisation d'un marché intérieur et qu'il était plus aisé d'y parvenir par l'intermédiaire de mesures d'intégration négative (la suppression des barrières au commerce de toute sorte) que par des mesures d'intégration positive de market-making qui recourent aux mécanismes de décisions intergouvernementaux (comme l'harmonisation communautaire des réglementations de commerce). Autrement dit, l'intégration économique européenne se traduit par une suprématie très claire de l'intégration négative par rapport à l'intégration positive.

Cependant, il faut tout de même ajouter qu'avec le temps la situation va évoluer. Si l'on se réfère à la division temporelle du processus d'intégration européenne établie par Stone Sweet et Fligstein (2002 : 1216), on remarque que c'est essentiellement dans la troisième phase, à partir du milieu des années 1980, que l'intégration positive va se développer. Bien sûr, l'introduction du vote à la majorité qualifiée a pu exercer des effets positifs à ce sujet. Dans une certaine mesure aussi, les gouvernements, soutenus en cela par d'autres acteurs, ont progressivement pris conscience que le processus d'intégration économique européen avait remis en question de larges pans des schémas nationaux de régulation⁷. Ils ont alors commencé une nouvelle phase d'adaptation qui vise à remplacer les régulations nationales perdues par des régulations supranationales. Mais il faut encore ajouter que la CJE a également eu un rôle à jouer dans ce contexte. Même s'il a fallu du temps pour qu'elle puisse agir dans différentes politiques communautaires, elle est tout de même intervenue dans des domaines politiques liés habituellement à l'intégration positive comme par exemple la politique environnementale ou la politique de protection sociale. Nous y reviendrons dans la conclusion de cette partie.

1.2 La Cour de Justice des Communautés européennes : un acteur central dans la politique d'intégration

La science politique a pendant longtemps négligé le phénomène juridique dans l'intégration européenne. Les politologues n'ont en effet pas porté un intérêt très soutenu pour le rôle que pouvait jouer la CJE dans le processus d'intégration. Ce sont en fait des juristes qui se sont penchés en premier lieu sur son activité mais avec la particularité, compréhensible étant donné leurs préoccupations de recherche, de ne pas toujours apprécier son impact politique et de se limiter à des aspects juridiques et descriptifs. Quelques exceptions sont toutefois à soulever (Burley et Mattli 1993 : 46-48 ; Weiler 1994). Pour des juristes tels que Joseph Weiler, Hjalte Rasmussen ou encore Koen Lenaerts, la CJE a grandement travaillé pour la cause de l'intégration européenne. Dans le cadre de la réalisation du marché intérieur européen, son action a permis d'offrir une alternative crédible à l'harmonisation des réglementations nationales dans une période où le processus politique était fortement bloqué par l'impossibilité d'atteindre un consensus entre les Etats membres.

La raison d'une telle retenue de la littérature en science politique se situe certainement dans l'arrière-plan intellectuel et la formation des chercheurs qui se sont intéressés au processus d'intégration européenne dans les années 1960-70. La plupart d'entre eux provenait du champ des relations internationales dans lequel la pertinence et la portée du droit international et des instances juridiques

⁷ Bien évidemment, le processus d'intégration régionale qu'est la construction européenne ne reflète qu'un aspect de la perte de contrôle des Etats sur leurs économies nationales. Le processus d'intégration économique qui s'opère au niveau mondial à travers les accords du GATT/OMC a lui aussi ses responsabilités dans ce domaine.

internationales – non sans quelques raisons – sont considérées comme marginales dans les processus d'intégration régionaux. C'est pourquoi la CJE n'a jamais occupé une place centrale dans leur analyse. Lorsque, toutefois, son travail ne fut pas ignoré, on l'appréhenda à travers la perspective réaliste selon laquelle les décisions de la Cour reflètent essentiellement la position des Etats membres dominants. Cette affirmation représente l'une des controverses soulevées par les travaux ultérieurs sur l'intégration européenne. Est-ce que les Etats peuvent garder un contrôle entier et permanent sur les institutions supranationales qu'ils ont eux-mêmes créées? Quel rôle a joué la société transnationale dans le contexte de l'intégration? Est-ce que la CJE, lorsqu'elle rend une décision, s'aligne sur les préférences des Etats les plus puissants? Les réponses à ces questions ont été et sont encore l'objet de controverses théoriques parmi les chercheurs qui s'attachent à analyser l'intégration européenne.

1.2.1 Intergouvernementalisme et néo-fonctionnalisme

Deux courants théoriques se sont opposés sur ces questions. Chacun de ces deux courants propose une théorie spécifique qui tente de comprendre de manière systématique les processus d'intégration régionaux et spécialement l'intégration européenne. Il y a, d'une part, ceux qui recourent à une perspective intergouvernementaliste et, d'autre part, ceux qui privilégient une orientation vers des approches supranationales ou néo-fonctionnalistes, qui ont été, d'ailleurs, reprises ultérieurement par des chercheurs proches du courant néo-institutionnaliste (Fligstein et Stone Sweet 2002 ; Stone Sweet 2000 ; Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Stone Sweet et Sandholtz 1998). La distinction principale de ces approches réside avant tout dans la définition des acteurs qui conduisent le processus d'intégration. Elles avancent ainsi des réponses opposées à la question du rôle joué par les institutions supranationales européennes dans ce processus. La perspective intergouvernementaliste considère que ce sont les gouvernements qui dirigent le processus d'intégration en élaborant des décisions que les institutions européennes doivent exécuter. Les néo-fonctionnalistes tentent plutôt d'expliquer la manière dont les gouvernements sont influencés par les instances européennes et la société transnationale.

Dans ce chapitre, il ne s'agit pas de passer en revue tous les aspects des questionnements soulevés dans les cadres intergouvernementaliste et néo-fonctionnaliste. On aura plutôt à cœur de mettre en évidence et d'expliquer les aspects susceptibles d'être repris plus tard dans ce travail. A cette fin, la « théorie » de l'intégration juridique proposée par Stone Sweet expose les raisons qui ont permis à la CJE d'occuper une place centrale dans le processus d'intégration européenne et comment elle a pu, à partir de cette position, favoriser l'intégration économique européenne et la construction du marché intérieur. Cette théorie développe alors des éléments qui s'avèrent être en connexion étroite avec la tâche qui est aujourd'hui confiée au Tribunal fédéral par les autorités suisses dans la mise en œuvre de la loi

sur le marché intérieur en Suisse. Or l'action de la Cour a été appréhendée selon une analyse néo-fonctionnaliste qui reprend l'attention qu'ont porté auparavant les juristes sur l'activité de la CJE. Le cadre néo-fonctionnaliste apparaît ainsi comme étant particulièrement pertinent pour étudier le rôle du droit et des instances juridiques dans les processus d'intégration économique en Suisse et en Europe. Il est donc intéressant afin d'introduire le sujet de développer quelque peu cette théorie en la confrontant sur cette problématique à l'approche concurrente : l'intergouvernementalisme.

Les intergouvernementalistes expliquent l'intégration en termes d'intérêts et de pouvoir des Etats membres, de protection de leur souveraineté et de négociations internationales. Dans ce cadre d'analyse, les gouvernements cherchent par l'intégration régionale à résoudre des problèmes qui sont par nature transnationaux et qui réclament une solution globale. Cependant ils doivent toujours répondre à des intérêts domestiques, compte tenu du fait qu'ils sont avant tout responsables devant leurs électeurs et jugés par eux sur le plan national. Dans cette optique, ils agissent de façon à accroître leur propre autonomie par rapport aux acteurs nationaux. Pour ces deux raisons, avancent les intergouvernementalistes, les Etats mettent en place un système de transfert de l'autorité à des institutions supranationales. Ces dernières, la Commission et la CJE en particulier, poursuivent ainsi les objectifs définis par les gouvernements lors des négociations intergouvernementales. Les tenants de l'option intergouvernementaliste établissent par conséquent que les gouvernements des Etats membres sont les gardiens du processus d'intégration, contrôlant et dirigeant son développement. Dans cette optique, les Etats ne permettraient jamais aux instances supranationales d'aller là où ils ne veulent pas se rendre, dans quelque domaine que ce soit.

Pour les néo-fonctionnalistes en revanche, ce ne sont pas les gouvernements nationaux qui sont le moteur de l'intégration mais les institutions supranationales en interaction avec les acteurs transnationaux. Les acteurs considérés se trouvent à la fois au-dessous et au-dessus du niveau étatique. Même si les Etats sont bien évidemment à la base des institutions supranationales et bien qu'ils occupent une place essentielle dans le processus de prise de décision, l'importance des institutions européennes fait que le contexte dans lequel se déroulent les négociations intergouvernementales est généré par une dynamique d'intégration plus large et qui échappe au contrôle permanent des gouvernements. Au cœur de leur théorie se trouve l'idée qu'il existe une dynamique autogénératrice de l'intégration. Ceci n'est pas sans rappeler la notion de spillover (effet d'engrenage) avancé par Ernst Haas⁸.

⁸ Cette notion repose sur la présomption que les différents secteurs de l'économie moderne sont reliés entre eux de façon si étroite que l'intégration opérée dans un secteur crée une situation dans laquelle le but originel ne peut être atteint que si l'on poursuit l'intégration dans les secteurs adjacents. A noter que les approches néo-fonctionnalistes ne sont pas les seules à mentionner une dynamique de l'intégration. Dans une autre perspective, Scharpf (2000 : 55-57) pense, lui aussi, qu'il existe une

En effet, les partisans de cette approche pensent que les institutions supranationales acquièrent, avec le temps, une capacité d'action indépendante et créent alors progressivement une dynamique d'intégration qui est amenée à dépasser les attentes initiales des Etats. De leur côté, les activités transnationales doivent être vues comme autant d'opportunités pour les instances européennes de promouvoir leur propre agenda, c'est-à-dire étendre et approfondir l'intégration européenne ainsi que soutenir le passage d'un mode de gouvernement international à un mode de gouvernement supranational (globalement et dans chaque secteur économique en particulier). Dans la mesure où les institutions européennes agissent avec succès, elles créent simultanément les conditions et les besoins pour une intégration future dans d'autres secteurs. Ces mécanismes de rétroaction ont également été étudiés par des chercheurs rattachés au courant néo-institutionnaliste (Pierson 1998).

Compte tenu de ses présupposés, l'approche intergouvernementaliste ne s'attarde pas sur la dimension juridique de l'intégration européenne et n'en donne d'ailleurs pas une explication satisfaisante. La CJE est ici restreinte dans sa capacité d'action parce qu'elle n'est, en fin de compte, qu'un agent des Etats membres et, pour cette raison, contrainte de servir leurs intérêts. L'argumentation des intergouvernementalistes consiste à dire que la Cour, malgré l'importance des domaines où elle a pu intervenir, n'agit que dans le cadre de limites bien précises, établies par les gouvernements des Etats membres. Son action peut sembler importante mais reste en fait limitée dans la mesure où ses tâches sont encadrées et suivies par les Etats. Dans cette optique, la CJE tend alors par sa jurisprudence « à codifier les préférences politiques des Etats dominants » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 200). Dans le cas contraire, ces Etats auraient contré les décisions de la Cour.

Dans une perspective différente, les auteurs qui se rattachent au néo-fonctionnalisme concentrent leur attention sur les effets de la « constitutionnalisation » du Traité de Rome ainsi que sur les interactions entre la société transnationale et les institutions européennes. Ces interactions se développent, par le fait de la constitutionnalisation, par delà le contrôle direct des gouvernements. Au lieu de confirmer les positions des gouvernements, les décisions de la CJE ont plutôt tendance à faciliter et à soutenir l'essor des forces sociales transnationales et à accroître la capacité des institutions supranationales à gouverner. Les organes supranationaux, spécialement la CJE, ont réussi à accroître leur potentiel d'autonomie de manière à s'affranchir du contrôle des Etats-membres. La CJE, en soutenant les demandes de particuliers qui sont avantagés par la gestion politique et les règles communautaires et désavantagés par la gestion politique et les règles

dynamique de l'intégration dont le moteur serait les différences nationales en matière de réglementations de l'économie. Enfin, il ne faut pas oublier que le courant néo-institutionnaliste ne voit pas cette dynamique de l'intégration comme un mécanisme automatique. Rien n'interdit à un acteur de ne pas répondre à certains mécanismes de cette dynamique et dès lors de la remettre en cause.

nationales, va trouver là un moyen de spécifier les dispositions du Traité et de définir ainsi des règles supranationales que les Etats devront observer. Comme on le verra plus tard, cette situation est le résultat du processus d'intégration juridique européen par lequel les particuliers peuvent invoquer au sein des tribunaux nationaux l'application du droit communautaire. L'intégration européenne avance ainsi plus pour des motifs égoïstes que par conviction européenne⁹.

Les intergouvernementalistes pensent, quant à eux, que les institutions supranationales ne peuvent s'éloigner de manière trop évidente des intérêts des Etats membres sous peine d'être sanctionnées. Les gouvernements possèdent ainsi deux types de moyens pour contrer les décisions de la CJE. Cependant, avant de les exposer brièvement, on gardera bien à l'esprit qu'en la matière les choix des Etats ne se limitent pas uniquement à des considérations sur l'ampleur des pertes et des gains en termes absolus engendrés par la jurisprudence de la Cour. Les Etats attendent aussi de l'intégration européenne une plus grande liberté commerciale et sont prêts en à assumer certains coûts. Quoi qu'il en soit, lorsqu'ils l'estiment nécessaire, les gouvernements pourraient exercer des contrôles directs ou indirects sur la Cour de Luxembourg.

Les contrôles directs comprennent des mesures qui sont institutionnalisées par des règles formelles et explicites. Lorsque les juges communautaires résolvent un litige sur la signification d'une disposition du Traité – ce qui nous occupera plus tard – et fournissent une interprétation avec laquelle un ou plusieurs Etats membres ne sont pas d'accord, ce ou ces Etats peuvent renverser la décision de la CJE mais uniquement par une révision officielle du Traité. Une telle action requiert l'unanimité des Etats membres, suivi d'une ratification de cette révision sur le plan national¹⁰. Par conséquent, pour exercer un contrôle direct sur l'interprétation du Traité donnée par la Cour, l'ensemble des Etats doit s'accorder d'abord sur le fait de répondre à la décision de la Cour et ensuite trouver une position commune sur la manière d'y répondre. Or l'on sait combien un tel consensus n'est pas aisément réalisable. Les Etats ne forment pas un acteur unique, avec des préférences qui seraient constamment cohérentes, mais un ensemble de gouvernements dont les objectifs et les intérêts diffèrent souvent selon les domaines politiques et qui proposent des solutions pas toujours compatibles entre elles. De cette manière, « Si la Cour étend l'effet intégrateur du droit communautaire dans un domaine politique donné, ce sont alors les Etats membres qui sont partisans d'un plus haut niveau d'intégration qui disposent d'un veto » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 202). De plus, si cette première difficulté est écartée, il restera toujours à faire ratifier cette révision au

⁹ L'introduction dans la théorie néo-fonctionnaliste de considérations d'ordre utilitariste est un élément qui la différencie de la théorie fonctionnaliste originelle (Burley et Mattli 1993 : 54-55).

¹⁰ En ce qui concerne un conflit sur la signification du droit secondaire, les règles normales de la procédure législative gouvernant la production du droit secondaire – unanimité, majorité qualifiée ou majorité simple – régissent l'annulation de la disposition contestée.

niveau national par le Parlement ou par le peuple, ce qui peut s'avérer particulièrement ardu. Ces mécanismes rendent ainsi difficile pour les gouvernements l'exercice effectif d'un contrôle direct sur le travail de la CJE. Quant aux contrôles indirects et informels, ils reposent sur la logique de la dissuasion : plus la menace de sanction est crédible, plus la CJE, en tant qu'organisation s'intéressant à sa propre pérennisation, va assimiler les attentes des Etats et modifier son comportement en fonction des préférences de ces derniers. Néanmoins, la division des Etats rend à nouveau difficilement crédible la menace d'une sanction.

La pratique tend à confirmer les conclusions de l'approche néo-fonctionnaliste, en tout cas, pour tout ce qui touche à la CJE. Même si les gouvernements des pays les plus puissants d'Europe se sont opposés à certaines décisions de la CJE, ils n'ont pu bloquer les interprétations novatrices des juges européens. La plupart du temps, la Cour a pu faire passer ses décisions parce que le seul moyen de la contrer exigeait une révision du Traité de Rome. Or il y aura vraisemblablement toujours une division entre les Etats qui peuvent se satisfaire ou profiter du jugement émis par la CJE et les Etats qui voudraient empêcher une évolution de la jurisprudence communautaire. Dans les faits, les interprétations successives de la CJE ont eu pour conséquence de « constitutionnaliser » le Traité de Rome et, partant, l'ordre juridique européen.

1.2.2 L'intégration juridique européenne

Comme on vient de le voir, la littérature néo-fonctionnaliste accorde un intérêt tout particulier à la dimension juridique de l'intégration européenne. De ce fait, elle place la CJE au centre de ses recherches sur le développement de l'intégration. Stone Sweet et d'autres auteurs souvent considérés comme néo-institutionnalistes (Fligstein et Stone Sweet 2002 ; Stone Sweet 2000 ; Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Stone Sweet et Sandholtz 1998) consacrent une large part de leurs travaux sur l'intégration européenne à la CJE. Cette partie présentera ainsi la théorie de l'intégration juridique européenne. Celle-ci traduit le processus par lequel se met en place en Europe un système juridique supranational grâce auquel le droit européen pénètre peu à peu, de manière irrégulière, domaine après domaine, les droits nationaux des Etats membres. Ce faisant, cette théorie expose simultanément les raisons qui ont permis à la Cour d'exercer un rôle moteur dans le processus d'intégration économique, c'est-à-dire dans le développement du marché intérieur en Europe. Autrement dit, dégager les caractéristiques principales de l'intégration juridique européenne contribue ainsi à une meilleure compréhension de l'importance de la CJE dans la mise en place du marché intérieur européen.

La théorie de l'intégration juridique est issue de différents travaux qui peuvent être regroupés en trois ensembles, chacun proposant un facteur qui sous-tend le développement du système juridique européen (Fligstein et Stone Sweet 2002 : 1218-

1220 ; Stone Sweet et Caporaso 1998 : 204-206 ; Stone Sweet et Sandholtz 1998 : 1-11). Stone Sweet (1996 : 119) cherche à explorer « comment des comportements fondés sur la poursuite d'intérêts particuliers peuvent provoquer une dynamique itérative, et comment l'élaboration progressive de contraintes au niveau macro [ici le Traité de Rome] structure ces comportements ». Selon les ouvrages, ces trois facteurs diffèrent quelques peu (Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Fligstein et Stone Sweet 2002). Nous essaierons par conséquent de reprendre les points principaux de leurs propositions ; l'important reste toujours de cerner le rôle très fort que peut être amené à jouer la CJE dans l'achèvement du marché intérieur en Europe.

Le premier groupe de travaux porte son attention sur l'augmentation des échanges économiques intracommunautaires. Ces échanges vont alors servir de catalyseur à la création de règles supranationales¹¹. En effet, à mesure que le commerce intracommunautaire se développe, une demande sociale émanant des acteurs économiques participant à ces échanges va exiger la suppression des règles et pratiques nationales qui constituent des barrières à la poursuite de leurs activités (en fait, au marché intérieur). Cela correspond à des mesures d'intégration négative. Par ailleurs, il paraît justifié de penser que ces acteurs préféreraient, s'ils avaient à choisir entre elles, l'établissement d'un ensemble de règles supranationales de régulation (intégration positive) qui s'appliquerait à tous les Etats membres au lieu des diverses réglementations nationales¹². La réalisation effective du marché intérieur est ainsi un objectif important pour l'ensemble des acteurs économiques qui bénéficient de l'ouverture sectorielle des marchés résultant des premiers effets de l'intégration. A cette fin, ils vont presser et inciter aussi bien leur propre gouvernement que les institutions européennes à agir en ce sens, c'est-à-dire à établir un certain nombre de règles qui gèrent la mise en place d'un marché intérieur. Au niveau des institutions européennes, la CJE occupera alors une place de choix puisqu'elle sera amenée à trancher les litiges opposant les entreprises, et plus largement tous les acteurs participant au marché intérieur, aux réglementations nationales. Dans ces circonstances, l'intégration juridique sera également souhaitée par ces mêmes acteurs économiques.

Le deuxième ensemble de travaux s'intéresse justement au développement d'un système européen de règlements juridiques des litiges. Conséquence à l'augmentation des échanges économiques au sein de la Communauté européenne, ce système doit répondre aux besoins des acteurs transnationaux en leur donnant les moyens juridiques de défendre leurs intérêts. Le développement d'un tel système est en connexion étroite avec ce que les différents chercheurs ont appelé la

¹¹ Pas nécessairement d'ailleurs des mesures d'intégration positive ; cela peut être des mesures d'intégration négative tel le principe de la reconnaissance mutuelle.

¹² Toutefois, il n'est pas dit que tous ces acteurs économiques souhaitent concrètement la mise en place au niveau européen de nouvelles règles de régulation. Ils peuvent très bien se satisfaire de la levée de barrières nationales aux échanges du moment que leurs activités peuvent s'exercer.

« constitutionnalisation du Traité de Rome ». Le Traité de Rome n'a en fait qu'esquissé le système juridique européen. Sa réalisation définitive ne s'effectuera concrètement qu'à travers la pratique qui consiste en les interactions entre avocats, juges nationaux et Cour de Justice. A travers cette « constitutionnalisation », la CJE va ouvrir une voie nouvelle dans le processus d'intégration dans la mesure où les individus pourront désormais invoquer le droit européen et attaquer, au nom de certaines dispositions du Traité, les législations nationales qui entravent le commerce intracommunautaire. Cette innovation va permettre au système juridique, par l'intermédiaire des recours interjetés, d'approfondir l'intégration dans des proportions que les gouvernements, soumis aux procédures de décisions communautaires, n'auraient pas pu envisager, et cela dans divers domaines mais surtout dans la libre circulation des marchandises, des capitaux, des services et des travailleurs. La CJE acquiert de cette manière un statut capital dans le processus d'intégration.

Résultant des deux premiers points, l'élaboration de règles supranationales précises est amenée à remplacer à terme une partie des règles nationales de chaque Etat membre. Ces règles contribuent à l'affermissement de l'intégration économique de l'Europe. Bien sûr, la voie législative est un moyen bien plus efficace que ne le sont les décisions juridiques au cas par cas pour organiser un marché intérieur. Toutefois, la CJE a pu parfois être amenée à légiférer avant les organes législatifs communautaires. C'est dans ces situations d'ailleurs que son impact est le plus grand. En effet, en interprétant et en clarifiant les dispositions du Traité de Rome, il arrive qu'elle définisse ainsi une nouvelle règle qui répond à un problème que les Etats membres n'ont pas encore pu ou voulu régler. Comme l'écrivent Stone Sweet et Caporaso (1998 : 205-206), « dans tout régime politique possédant un corps législatif permanent et un système judiciaire indépendant, les pouvoirs législatifs sont partagés [...]. Ainsi, les organes législatifs s'appuient sur le système juridique pour faire appliquer les lois qu'ils promulguent, et le système juridique possède, pour sa part, une grande capacité à générer des règles là où elles font défaut – dans le cas de certains litiges nouveaux –, et à reconstruire ainsi les normes législatives à travers un processus d'interprétation qui se situe dans les interstices de la loi ». Dans le chapitre suivant, nous pourrions explorer ce rôle particulier de la CJE à travers l'exemple du marché intérieur. Au préalable, il faudra que le droit supranational européen acquière un effet direct sur les législations nationales et qu'il soit défini comme supérieur aux droits nationaux.

Ces trois éléments, échanges économiques transnationaux, actions en justice et élaboration de règles supranationales, semblent par conséquent se développer de manière interdépendante, développant en retour le système juridique, économique et politique supranational. Plus les échanges économiques intracommunautaires croissent, plus les barrières nationales au commerce vont s'avérer des obstacles à éliminer. Dès lors, les acteurs économiques bénéficiant de l'ouverture sectorielle des

marchés vont exercer des pressions en ce sens sur la Commission, le Conseil des ministres ou encore leur propre gouvernement. Cependant cette voie n'est pas la plus aisée. Une solution alternative consiste à se servir des opportunités offertes par le Traité de Rome. C'est à cet instant qu'apparaît le recours au droit à des fins politiques. Si, dans un premier temps, ces différents acteurs transnationaux peuvent être l'objet d'actions en justice pour n'avoir pas respecté diverses réglementations nationales, ils vont progressivement, à mesure que s'affermir le système juridique européen, inverser la tendance et porter eux-mêmes devant les tribunaux les cas qu'ils considèrent discutables par rapport aux dispositions du Traité. Ces disputes juridiques vont être l'occasion pour la CJE mais aussi pour la Commission d'étendre et de renforcer la portée de la législation supranationale de même que de faire avancer l'intégration économique. On peut alors dire que la marge d'action législative de la part du pouvoir judiciaire s'agrandit. Simultanément, les problèmes soulevés par les litiges juridiques appellent, malgré les réponses de la Cour, l'élaboration de solutions globales que seuls des modes de gouvernements supranationaux peuvent apporter.

Les activités des institutions européennes couplées à celles des acteurs économiques transnationaux ont conduit à la mise en place d'« une dynamique, [d'] une logique extensive, dans la construction du système juridique et donc du système politique supranational » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 206). Nous ajoutons encore à cela le processus d'intégration économique et la construction du marché intérieur. C'est en effet dans ce domaine que la CJE a pu développer les bases théoriques juridiques nécessaires à amorcer cette dynamique. Sans la « constitutionnalisation » du Traité de Rome, cette évolution conjointe du système supranational de règles juridiques, de l'élaboration des marchés et de la mise en place d'un système politique supranational n'aurait pas été possible¹³. Ces résultats confirment le fait que, contrairement à ce qui est souvent répandu, la présence de règles stables est nécessaire à l'émergence et l'extension des marchés. Le bon fonctionnement des marchés est, de fait, tributaire de la construction d'institutions solides qui encouragent les échanges. L'établissement d'un système juridique qui soit en mesure de résoudre les conflits, d'appliquer les règles légales et ainsi de protéger les acteurs économiques est à cet effet tout à fait capital. Dès lors, l'intervention des instances étatiques en tant que régulateur est indispensable au développement des marchés. Des liens forts réunissent ainsi les processus politique, économique et juridique dans la construction européenne. Cela réfute la thèse selon laquelle la mise en place des marchés serait le fruit d'un processus spontané (Fligstein et Stone Sweet 2002).

¹³ Cela ne veut pas dire qu'il y a une évolution et un développement automatique de ces trois éléments. Nous disons simplement que ces éléments se renforcent mutuellement et qu'ils sont dans une certaine mesure interdépendants.

1.2.3 La constitutionnalisation de l'ordre juridique européen

La CJE est une autorité juridique atypique en comparaison internationale. Habituellement, les instances juridiques internationales ont des pouvoirs relativement limités et leurs moyens de sanctions ne permettent pas que les Etats respectent absolument le droit international. D'ailleurs, le respect du droit international par les Etats est le plus souvent attaché à des ripostes que les Etats tiers peuvent prendre à l'égard du fautif. Hormis la réprobation des autres Etats, un gouvernement rencontre en fait peu de difficultés en soi à réinterpréter les obligations relatives à un traité international à la lumière de ses propres priorités nationales, de même parfois à contourner les décisions d'une autorité juridique internationale (Alter 1996). La Cour de Luxembourg est en revanche l'une des cours les plus influentes de la sphère internationale. Elle a la possibilité, par exemple, d'annuler dans certaines circonstances des législations nationales qui contreviennent au droit communautaire. Outre son rôle juridique, elle s'est également révélée un acteur politique central dans le processus d'intégration européenne. Pourtant, la CJE, et avec elle l'ensemble du système juridique élaboré par le Traité de Rome, était à l'origine plutôt faible puisqu'elle ressemblait en réalité à toutes les autres instances juridiques internationales. Ses actions se confinaient essentiellement à des propos de nature déclaratoire. La transformation de son rôle s'est opérée à travers les innovations juridiques introduites par la Cour elle-même et qui ont eu pour conséquences de « constitutionnaliser » le Traité de Rome.

Cette notion rend compte du « processus par lequel les traités de la Communauté européenne – qui étaient, au départ, un ensemble de règlements juridiques contraignants s'appliquant à des Etats souverains – ont évolué vers la création d'un régime juridique verticalement intégré, conférant des droits et des obligations applicables à toutes les personnes morales et entités publiques et privées sur le territoire de la Communauté. Cette expression traduit la transformation d'une organisation intergouvernementale régie par le droit international en un système de gouvernement hiérarchisé, fondé sur un plus haut degré de constitutionnalité » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 208). Au fil des ans, la CJE a ainsi peu à peu construit un édifice constitutionnel hiérarchisé, tout en estompant les aspects rappelant un ordre international classique. Les conditions nécessaires à cette « constitutionnalisation » étaient renfermées dans le Traité lui-même. Ce dernier contenait des dispositions plus ou moins vagues dont il s'agissait de préciser à la fois le sens et la portée. Or, à chaque fois que la Cour effectuait cette précision, elle énonçait une règle supranationale qui était destinée à prévaloir sur les normes nationales correspondantes. Malgré cela, encore fallait-il que les règles européennes priment sur les lois nationales et puissent avoir un effet direct dans les ordres juridiques des Etats membres, ce qu'un traité international ne prévoit jamais. Cette évolution a été conduite sur l'initiative des juges communautaires grâce à trois éléments : le

mécanisme de renvoi préjudiciel, la doctrine de l'effet direct et la doctrine de la primauté.

Le Traité de Rome confère à la CJE la charge de faire respecter le droit communautaire et d'assurer son application uniforme au sein de la Communauté. La CJE constitue ainsi l'autorité suprême dans l'interprétation des dispositions du Traité. Dans cette tâche, la Cour peut s'appuyer sur l'existence de l'article 177 du Traité de Rome (Dehousse 1997). Cet article instaure le mécanisme du renvoi préjudiciel. Il prévoit que lorsque des juridictions nationales ont à traiter un litige qui peut comporter des problèmes relevant du droit communautaire, les juges nationaux ont le droit – et le devoir pour les juridictions suprêmes – de recourir à la Cour pour connaître l'interprétation correcte qu'il convient de donner aux dispositions communautaires. La décision de la CJE est ensuite appliquée par le juge national.

L'adoption de cet article cherchait à confier à une juridiction unique l'interprétation du Traité. Mais sa portée dépasse largement cette mission. Le mécanisme de renvoi préjudiciel est tout d'abord un instrument facilitant la pénétration du droit communautaire dans les systèmes juridiques nationaux. En confiant l'application du jugement au juge national, on place les Etats dans une situation délicate dans la mesure où le jugement, étant rendu par un tribunal national, bénéficie de toute l'autorité attachée aux décisions judiciaires émanant de l'ordre juridique national. Il est ainsi beaucoup moins évident pour un Etat de contourner une décision de la CJE qu'une décision d'une instance juridique internationale classique. Ce mécanisme presse les Etats à accepter et à appliquer les décisions de la Cour.

Deuxièmement, et c'est un élément capital, le renvoi préjudiciel donne la possibilité aux personnes privées et aux entreprises d'avoir un accès indirect – puisque c'est au juge et non aux parties qu'il appartient de demander le renvoi – à la Cour. Il s'agit déjà à ce stade d'une révolution par rapport à la pratique courante en droit international. En effet, le droit international se limite, en règle générale, à définir des obligations et des droits dont les Etats sont les seuls destinataires. Il ne permet pas à des particuliers de se prévaloir directement de ces obligations devant les juridictions nationales, sauf si, bien sûr, le droit de l'Etat en question le prévoit¹⁴. C'est précisément par l'intermédiaire de cet instrument que les particuliers peuvent mettre en doute la compatibilité de certaines réglementations et pratiques nationales

¹⁴ De là vient la distinction entre le système dualiste et le système moniste. Dans un système moniste, les ordres légaux international et national sont compris comme un ordre légal unique, où les normes internationales priment sur les normes nationales en cas de conflit entre elles. Mis à part les Pays-Bas, les pays européens ont adopté le système dualiste où les traités internationaux sont transposés dans l'ordre juridique national après avoir été ratifiés par le parlement. De la sorte, les lois nationales et les normes internationales transposées occupent le même rang dans la hiérarchie des normes. La jurisprudence de la CJE va révolutionner cette situation. L'innovation introduite consistera en ce que désormais le droit européen sera supérieur aux normes juridiques nationales et qu'il pourra être appliqué directement par les juges des Etats membres (Voir Stone Sweet 2000 : 161).

avec les dispositions du Traité. La mise en œuvre du droit européen, du moins au début, utilisera de manière privilégiée cette voie. Cet instrument va faire progresser l'intégration économique européenne plus rapidement et surtout plus loin que ne pouvait le prévoir les gouvernements des Etats membres.

Le processus de constitutionnalisation, on le voit, est conduit par les interactions entre les recourants privés, les juges nationaux et la CJE (Burley et Mattli 1993 ; Stone Sweet 2000 ; Stone Sweet et Caporaso 1998). Cela dit, son succès repose entièrement sur la volonté des juges des Etats membres à utiliser le mécanisme proposé par l'article 177 puis à reprendre à leur compte l'interprétation donnée par les juges communautaires. En général, les juges nationaux ont suivi et accepté les décisions de la CJE. Deux explications ont été avancées à cela dans la littérature (Stone Sweet 2000 : 164-165). Dans un tel système, les juges des instances judiciaires inférieures se voient accorder des compétences d'interprétation du droit qui sont généralement réservées aux plus hauts organes judiciaires du pays. Citant un ancien président de la CJE, Dehousse (1997 : 33) remarque que « les juges nationaux ont été élevés au rang de juges communautaires de droit commun ». Ce renforcement des pouvoirs est souvent avancé pour expliquer le soutien qu'a reçue la Cour de la part des juridictions secondaires (Weiler 1994 ; Alter 1996). Selon Weiler, les juges nationaux et la CJE trouvent un intérêt commun à l'intégration juridique. La CJE a besoin des juges nationaux pour lui fournir des cas litigieux et donc des opportunités pour préciser les dispositions du Traité et étendre *in fine* la portée du droit européen ; de leur côté, les juges nationaux obtiennent la faculté de contrôler des actes qui n'étaient auparavant pas de leur ressort. Chacun y gagne tout en préservant sa légitimité. En effet, la CJE répond simplement aux renvois préjudiciels, comme le Traité l'exige, mais n'applique pas elle-même la décision dans les ordres juridiques des Etats. Les tribunaux nationaux requièrent l'avis de la Cour et ne font qu'appliquer le verdict comme le demande le Traité¹⁵. Une seconde explication du comportement des juges nationaux met en avant le caractère englobant du processus d'intégration juridique. L'idée principale de cet argument consiste à dire que les juges nationaux sont pris dans un processus par lequel ils sont progressivement, à la fois à cause des décisions de la CJE et des demandes des recourants, amenés à utiliser, à participer puis à accepter l'ensemble du système juridique européen.

Elément indispensable à l'activation du droit communautaire, le mécanisme du renvoi préjudiciel ne précise cependant encore rien sur les relations entre les dispositions du Traité et les normes juridiques nationales. Deux grandes doctrines incarnent la «constitutionnalisation» du Traité de Rome et ont permis l'intervention

¹⁵ Globalement, les Hautes Cours des Etats membres, surtout dans les systèmes où le contrôle constitutionnel est concentré, ont été en revanche beaucoup plus réticentes vis-à-vis des innovations de la CJE et ont mis souvent du temps à accepter ces changements. Leur opposition s'est pourtant peu à peu atténuée même si toutes n'acceptent pas nécessairement les raisonnements juridiques de la CJE (Stone Sweet 2000).

ultérieure de la CJE dans le processus d'intégration économique de l'Europe¹⁶. Sur la base de l'existence des recours préjudiciels, « qui confirme que les justiciables sont susceptibles d'être directement concernés par le droit communautaire, la Cour en conclut que le traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre Etat contractants » (Dehousse 1997 : 42). La doctrine de l'effet direct établit ainsi que « les dispositions du droit communautaire peuvent conférer à des individus des droits juridiques, que ces droits doivent être respectés par les autorités publiques et qu'ils peuvent être protégés par les tribunaux nationaux. [...] la Cour de justice européenne a aussi décrété que certaines dispositions des traités (affaire Van Gend et Loos 1963) [...] pouvaient avoir une applicabilité directe » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 209). La doctrine de l'effet direct, résultant elle-même d'un recours, renforce le rôle, introduit par le mécanisme de renvoi préjudiciel, des particuliers dans l'application du droit communautaire. Elle leur donne un moyen supplémentaire de faire avancer leurs intérêts. Si les gouvernements des Etats ne se conforment pas aux règles supranationales, leurs ressortissants ont la capacité de défendre leurs droits devant un tribunal national en invoquant le droit européen. La doctrine de l'effet direct a ainsi transformé les dispositions du Traité en droits justiciables pour les individus et les entreprises.

Le principe de l'effet direct ne suffit cependant pas à lui seul à garantir une application effective du droit communautaire. Lorsqu'un conflit apparaît entre une disposition d'un traité international et une loi nationale dans un système dualiste, le juge doit appliquer habituellement la norme la plus récente (Dehousse 1997 : 45 ; Stone Sweet 2000 : 161). Or les dispositions du Traité, ne primant pas sur les normes nationales, pourraient bien rester, même avec effet direct dans les ordres juridiques nationaux, sans résultat si une loi ultérieure existe.

La dynamique néo-fonctionnaliste est ici clairement présente. En paraphrasant Burley et Mattli (1993 : 65-66) qui cite le juge Pescatore, le succès de la CJE a consisté à s'engager dans les espaces vacants de la structure légale, qui résultent logiquement des parties de cette structure déjà construites. L'exemple le plus parlant de ce propos concerne l'affaire *Costa* qui énonce le principe de la primauté du droit européen sur les normes juridiques nationales. Il établit « dans *tout* conflit entre une disposition communautaire et une règle nationale, la primauté de la première sur la seconde. [...] toute règle communautaire, dès lors qu'elle entre en vigueur, annule automatiquement toute disposition contradictoire provenant d'une juridiction nationale » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 209). Ce principe est une suite logique de l'effet direct. Sans lui, l'impact de l'effet direct n'aurait pas été pleinement concrétisé. A nouveau, la CJE a fait preuve d'une grande capacité de création en

¹⁶ On peut également citer la doctrine de l'effet indirect ainsi que la doctrine de la responsabilité gouvernementale. Elles ont été énoncées respectivement en 1984 et 1991 et ne concernent donc pas directement la mise en place du marché intérieur à travers les arrêts *Dassonville* et *Cassis-de-Dijon*. Voir pour plus d'informations Stone Sweet 2000 : 163.

adoptant non pas une interprétation littérale du Traité mais une approche qui se réfère plutôt aux objectifs du Traité et à la structure institutionnelle du système européen. A travers la doctrine de la primauté, la CJE transforme un traité international en un système supranational où le droit communautaire possède une autorité semblable à celle de la constitution dans un système fédéral (Dehousse 1997 ; Weiler 1994).

Par cette interprétation absolument novatrice des dispositions du Traité de Rome, la CJE a réussi à transformer durablement l'ensemble du processus d'intégration européenne, et cela de manière relativement paisible. Cette « révolution tranquille » des doctrines de l'effet direct et de la primauté dont parle Weiler (1994) contraste pourtant totalement avec ce qui se fait sur le plan international. Jamais un traité international n'a offert la possibilité aux ressortissants des Etats parties d'invoquer ses normes pour défendre leurs propres intérêts, les associant ainsi à la mise en œuvre du droit international. Les juges communautaires ont d'ailleurs souvent avancé cet aspect de défense des droits des particuliers pour argumenter leur action devant les juges nationaux. Nul n'est besoin de mentionner que cette évolution n'a pas été prévue par les fondateurs de la Communauté et qu'elle n'a pas été non plus acceptée aisément par les gouvernements des Etats. La plupart des pays européens ont, à un moment, été en désaccord avec la jurisprudence de la CJE. Ces deux doctrines posent, il est vrai, des questions fondamentales sur la souveraineté parlementaire, la suprématie de la constitution ou encore sur le rôle du pouvoir judiciaire dans le processus politique. A aucun instant toutefois, les Etats ne lui ont opposé un front commun et n'ont été capables d'annuler une décision de la Cour. De fait, seule la transformation des dispositions ad hoc du Traité, qui réclame l'unanimité des Etats membres, aurait pu contrer l'action des juges de Luxembourg. Or il faut bien voir que la CJE a produit ces innovations dans le système juridique européen en utilisant les cas de renvoi préjudiciel que les juges nationaux lui soumettaient. Ces litiges opposaient alors souvent un acteur économique à un ou deux Etats seulement tandis que les autres pouvaient et sont rester passifs pour différentes raisons. Dans ces circonstances, les Etats n'ont pas pu contrôler l'interprétation donnée au Traité. Par ailleurs, avec les doctrines de l'effet direct et de la primauté, la CJE assurait, il faut quand même le rappeler, l'efficacité de décisions prises par les gouvernements des Etats membres. Ces derniers ont pu y voir également un avantage à long terme (Dehousse 1997 : 124).

En somme, la dynamique autogénératrice de l'intégration mentionnée par l'approche néo-fonctionnaliste trouve ici une illustration concrète. Le point de départ réside dans les actions en justice des acteurs privés qui, par l'intermédiaire de la procédure préjudicielle, activent et alimentent le processus d'intégration juridique. Ces acteurs ont tenté alors, sur la base des dispositions du Traité, de remettre en cause certaines législations nationales qui étaient contraires à la législation communautaire, offrant simultanément l'opportunité à la CJE de préciser le contenu du Traité. En énonçant les doctrines de l'effet direct et de la primauté, les juges de la

Cour de Luxembourg, avec le concours des tribunaux nationaux, répondent à cette demande mais renforcent aussi considérablement l'efficacité potentielle du droit européen, lui conférant un statut quasi équivalent à celui d'une Constitution dans les systèmes politiques fédéraux. Les recourants privés, motivés par leurs intérêts, vont y trouver eux aussi des opportunités pour étendre la portée des règles européennes au détriment des règles nationales dans un domaine politique particulier (par exemple, le domaine du marché intérieur). Au fur et à mesure des recours interjetés et des précisions apportées par la CJE, un nombre croissant de réglementations nationales entrent en contradiction avec les dispositions du Traité. Peu à peu, l'« ombre de la loi » remet en question l'effectivité des réglementations nationales contraires aux dispositions interprétées par la Cour. Bien sûr, il faudra toujours passer par une action en justice pour faire valoir son droit. Les auteurs précédemment cités pensent pourtant que les règles supranationales remplaceront progressivement les règles nationales dans un nombre toujours plus grand de domaines politiques. Cela signifie toutefois aussi que le degré d'intégration varie d'un secteur à l'autre : certains domaines se rapprochent ainsi plus d'un mode de gouvernement intergouvernemental et d'autres plus d'un mode supranational (Scharpf 2000 : 74 ; Stone Sweet et Sandholtz 1998 : 8-9). En tout cas, les Etats sont incités par cette dynamique à mettre en conformité leurs législations avec les principes exposés dans le Traité, sans quoi leurs réglementations risquent d'être toujours plus contestées sur le plan juridique. Par ailleurs, il est certain que la capacité des gouvernements à contrôler les issues d'ordre politique a diminué au profit des institutions supranationales, notamment de la CJE qui a réussi à travers ces événements à accroître son autonomie.

Cela dit, il faut être conscient que ce processus ne se déroule pas dans la pratique de manière aussi lisse, constante et inévitable. Nous avons affaire à une théorie et donc à un certain niveau de généralisation. Quoiqu'il en soit, les actions combinées des institutions européennes, la CJE mais également, on le verra ultérieurement, la Commission, et des acteurs transnationaux agissent ensemble à la mise en place d'un système s'auto-renforçant dans lequel la création de règles juridiques supranationales évolue et progresse conjointement avec le processus d'intégration économique et politique. Selon cette logique, le renforcement du système juridique européen et la réalisation du marché intérieur se développent mutuellement. Sur un plan théorique, les observateurs proches du courant néo-institutionnaliste ont montré que l'expansion des marchés dépendait de la présence d'institutions qui permettent les échanges de même que de l'établissement d'un système juridique qui assurent des règles légales claires et des moyens de résolution des litiges (Fligstein et Stone Sweet 2002). L'action de la CJE est tout à fait capitale dans ce processus. Lorsqu'une instance juridique prend, lors d'un litige, une décision sur la portée et le sens d'une norme, elle exerce en effet une forme de gouvernement dans la mesure où, hormis le fait qu'elle rend un jugement qui est particulier et rétrospectif – elle résout un conflit spécifique et préexistant qui implique seulement les deux parties en présence –, elle

indique, en justifiant sa décision, que son jugement est général et prospectif puisqu'il s'appliquera à l'avenir à des cas litigieux similaires (Stone Sweet et Caporaso 1998). Dans le sens où elle adapte « continuellement des règles juridiques abstraites à des situations concrètes » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 205), l'autorité judiciaire confrontée régulièrement à ce type de conflit non seulement dit mais crée aussi le droit. Par conséquent, lorsque la CJE estime qu'une réglementation ou une pratique nationale est contraire à une disposition du Traité permettant les échanges économiques intracommunautaires, elle précise à la fois le sens de la disposition en question, élabore une règle supranationale qui est amenée à supplanter désormais les procédés nationaux et contribue, d'un point de vue global, à la création du système juridique européen et, d'un point de vue matériel, à l'élaboration du marché intérieur.

1.3 La Cour de Justice des Communautés européennes et la construction d'un marché intérieur

Nous avons vu dans le chapitre précédent que la CJE a jeté les bases d'une transformation progressive de la Communauté européenne, organisation internationale à l'origine, vers une organisation fonctionnant selon un mode de gouvernement supranational. Cette évolution s'est opérée au niveau de l'ordre juridique par la « constitutionnalisation » du Traité de Rome. Désormais, avec les doctrines de l'effet direct et de la primauté, les dispositions du Traité peuvent bénéficier de toute l'autorité attachée aux dispositions émanant de la loi suprême d'un Etat.

Or le Traité contient essentiellement des dispositions d'ordre économique visant à constituer un marché intérieur. Cela signifie par conséquent que tous les objectifs et aspects économiques énoncés par le Traité disposent d'une protection constitutionnelle potentielle qui, pour être activée, *suffit* de se voir invoquée sur un recours d'un particulier et reconnue comme telle par les juges communautaires. Scharpf (2000 : 65) souligne cette aspect en relevant que « les quatre libertés économiques [circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes] [...] ont acquis une force constitutionnelle vis-à-vis des Etats membres » suite au travail d'interprétation de la CJE. Mais le Traité contient aussi des éléments concernant d'autres domaines politiques que celui du marché intérieur, comme par exemple la politique de protection sociale (articles 117-122). Par la suite, l'Acte unique européen a également introduit des objectifs de politique environnementale (Cichowski 1998). Cette protection constitutionnelle potentielle s'adresse ainsi également à ces domaines. Cela étant, ces éléments restent vagues et surtout ne constituent pas la priorité des objectifs du Traité. Ils auront ainsi tendance à être peut-être l'objet de moins de recours de la part des particuliers par rapport aux questions économiques du Traité. C'est pourquoi le passage à un mode de gouvernement supranational est, comme on l'a dit ci-dessus, plus limité dans certains

domaines par rapport à d'autres¹⁷. Cela peut également expliquer pourquoi les solutions avancées par la CJE correspondaient surtout à la levée des barrières non tarifaires aux échanges de sorte que les harmonisations par des mesures d'intégration positive ont été supplantées par les effets de l'intégration négative.

Le Traité de Rome, de par ses objectifs et son contenu, a permis à la CJE de jouer un rôle actif dans le processus d'intégration. La mise en place d'un marché intérieur occupa tout particulièrement son attention. C'est dans ce domaine que la capacité d'innovation de la Cour mais aussi son impact sur les choix politiques ont été les plus évidents. Une des difficultés majeures rencontrées dans l'intégration des marchés nationaux européens réside dans la diversité des réglementations nationales. Le Traité de Rome avait prévu que des mesures d'intégration négative et d'intégration positive devaient conduire ensemble à la réalisation du marché intérieur européen. Les espaces laissés dans les législations nationales par l'intégration négative seraient alors comblés par des règles communautaires harmonisées (Stone Sweet et Caporaso 1998).

Or, étant donné les disparités institutionnelles structurelles de la réalisation des deux types d'intégration, ce n'est pas ce qui s'est passé. Le Compromis de Luxembourg donna en fait à chaque Etat membre la possibilité d'opposer son veto à toute législation devant passer l'approbation du Conseil dans la mesure où les gouvernements pouvaient demander en raison d'intérêts prépondérants à ce que la législation soit approuvée par un vote à l'unanimité plutôt qu'à la majorité qualifiée. Cet accord intergouvernemental a eu pour effet de favoriser les solutions les moins intégratives. Le processus d'intégration était bloqué, du moins au niveau politique. La CJE n'en a pas moins toujours soutenu le processus d'intégration depuis cette époque. Sa jurisprudence a fait avancer la construction du marché intérieur en Europe dans une direction qui n'aurait pu être atteinte au niveau politique entre les Etats membres. Les fameux arrêts *Dassonville* et *Cassis-de-Dijon* précisent de manière importante et assez inattendue la signification et la portée des articles 30 et 36 du Traité de Rome. Or on a vu dans les parties précédentes la force et l'impact qu'a la jurisprudence de la CJE sur l'ensemble de la dynamique d'intégration. La CJE put ainsi à plusieurs reprises influencer le développement du processus d'intégration économique. Dans ce domaine, l'influence de la Cour est double. D'un côté, elle a une incidence directe sur le processus d'intégration en créant des droits et des obligations en faveur des particuliers mais, d'un autre côté, ses décisions ont également un impact général sur l'orientation des politiques engagées dans la

¹⁷ On peut alors émettre l'hypothèse que la construction d'une forme de gouvernement supranational dans un secteur particulier s'effectue en fonction de l'importance de ce secteur dans les dispositions du Traité et de la propension des individus à déposer des recours sur des questions touchant ce secteur, variable qui est en partie fonction de l'importance des échanges transnationaux dans ce secteur (Voir Stone Sweet et Caporaso 1998 : 239). On doit cependant bien évidemment tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Communauté. Il s'en est suivi que les gouvernements n'ont pu non seulement contrer les conclusions de la CJE dans ses arrêts mais ils les ont en plus, du moins en partie, progressivement ratifiées dans leurs décisions ultérieures¹⁸.

1.3.1 L'arrêt Dassonville

Les articles 30 et 36 du Traité de Rome¹⁹ sont les piliers de la libre circulation en Europe. L'article 30 interdit aux Etats membres de maintenir, au-delà du 31 décembre 1969, les restrictions quantitatives à l'importation de même que toutes mesures d'effet équivalent. L'article 36 permet toutefois des exceptions à l'interdiction exprimée à l'article 30. Certaines restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent peuvent être tolérées du moment que ces dernières protègent des intérêts publics prépondérants comme la protection de la moralité publique, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé et de l'héritage culturel. Nous voyons rapidement que ces dispositions peuvent être interprétées de plusieurs façons. A quoi correspondent en effet ces « effets équivalents » aux quotas dans les législations nationales? Qu'est-ce qu'une exception liées à la « sécurité publique »? Quelles sont les mesures nationales interdites à l'article 30 qui pourraient ne pas être justifiées par l'une des raisons invoquées à l'article 36? Dans ce type de questions, la CJE a un rôle important d'interprétation à jouer. Ce faisant, elle a la possibilité de faire œuvre créatrice (Dehousse 1997).

L'affaire Dassonville offrit pour la première fois à la CJE l'occasion de préciser le cadre normatif de la libre circulation. En 1970, un importateur de whisky, M. Dassonville, fut poursuivi pour n'avoir pas respecté la législation belge qui interdisait l'importation, en provenance d'un pays membre, de boissons alcoolisées fabriquées dans un pays tiers, à moins que les règles du pays membre en question

¹⁸ Le projet de la fameuse et très controversée directive Bolkestein consisterait à reprendre dans le droit communautaire une partie, si ce n'est plus, de la jurisprudence de la CJE en matière de liberté d'établissement notamment. Bien sûr, les gouvernements n'ont pas encore, pour différentes raisons, accepté une telle directive. Mais cet exemple démontre bien l'influence de la CJE. Par ailleurs, ce cas pourrait nous amener à nuancer l'effet d'engrenage de l'intégration puisque les Etats n'ont pas été suffisamment incités, malgré une décision de la Cour sur la liberté d'établissement, à démanteler de leur propre initiative les obstacles y afférant. D'un autre côté, il confirme bien qu'à un moment donné l'on cherche à remplacer les règles nationales en contradiction avec la jurisprudence de la Cour par des règles européennes, conformément à ce que nous disent les chercheurs néo-institutionnalistes. La proposition de directive se trouve sur le site Internet : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2004/com2004_0002fr01.pdf.

¹⁹ L'article 30 énonce : « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres, sans préjudice des dispositions ci-après ». L'article 36 énonce : « Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ». Le Traité de Rome est disponible sur le site suivant : europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtoc05.htm

fussent substantiellement les mêmes que celles de la Belgique. Dassonville importa du whisky Johnnie Walker en Belgique, après l'avoir acheté auprès d'un fournisseur français. Lorsque Dassonville mit ce produit sur le marché, il fut poursuivi par les autorités belges pour avoir importé du whisky britannique par l'intermédiaire d'un commerçant français. Dassonville fut également poursuivi en justice par un importateur belge qui détenait les droits de vente exclusifs de Johnnie Walker en Belgique. Dassonville fit valoir qu'en vertu du Traité les marchandises qui étaient légalement entrées en France devaient pouvoir entrer librement en Belgique. En outre, les droits exclusifs pour l'importation de marchandises n'étaient juridiquement pas valables.

La CJE prit position en faveur de Dassonville en dépit des objections du Royaume-Uni et de la Belgique. L'attitude d'alors sur cette question, y compris au sein de la Commission, voulait que tant que les règles nationales n'étaient pas discriminatoires vis-à-vis des produits étrangers, les obstacles aux échanges intracommunautaires liés aux divergences entre réglementations nationales ne pouvaient être levés que par une procédure d'harmonisation. Mais la CJE intervint une fois encore de manière tout à fait innovante. Par son jugement, elle fit de l'entrave au commerce le nouveau critère d'autorisation des réglementations commerciales des Etats membres. Elle insista pour que désormais soient comprises comme mesures d'effet équivalent à une discrimination quantitative « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce communautaire » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 226). Cette décision posait cependant quelques problèmes dans la mesure où certaines réglementations nationales, bien que pouvant entraver la libre circulation des marchandises, se justifient pour des raisons d'intérêts publics légitimes. La CJE décida, en attendant la création d'une réglementation communautaire harmonisée, d'autoriser certaines réglementations nationales qui visaient la protection de tels intérêts. Ces réglementations, autorisées en vertu de l'article 36 TCE, ne devaient néanmoins pas constituer « des restrictions déguisées aux échanges commerciaux » entre Etats membres.

Dans ce litige, la CJE interpréta les dispositions du Traité et jugea de la légalité des règles nationales en fonction des objectifs et des impératifs de la Communauté et non des priorités des Etats membres. L'expression « toutes mesures d'effet équivalent » de l'article 30 TCE aurait pu être interprétée comme une simple interdiction des discriminations à l'encontre des produits importés mais laisserait alors subsister des entraves au commerce. Il est fort probable qu'une telle interprétation du Traité, si elle avait eu lieu dans un contexte de prise de décision intergouvernementale, aurait eu plus de chance que celle avancée par la CJE de se voir acceptée par les gouvernements nationaux. Mais la décision retenue s'effectua dans le champ juridique et put ainsi contourner les points de veto inhérents au vote des Etats membres ; d'ailleurs avec beaucoup d'à propos pour la suite du processus

d'intégration économique. Comme le rappellent en effet Stone Sweet et Caporaso (1998 : 226-227), « les principes Dassonville ont inspiré la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des marchandises. Ils ont permis au système juridique communautaire de contrôler le comportement des Etats membres, [...] de modeler les juridictions nationales en définissant progressivement les exceptions permises à l'article 30. D'une façon plus générale, la quasi-totalité des champs d'action de l'intégration négative sont aujourd'hui structurés par des règlements construits sur la base de décisions jurisprudentielles qui rappellent [...] les principes Dassonville ». Par cette stratégie, la CJE s'est octroyée un droit de regard sur un ensemble de dispositions nationales que l'on pouvait croire hors de son champ d'action.

1.3.2 L'arrêt dit « Cassis-de-Dijon »

Le contenu

L'arrêt Cassis-de-Dijon a acquis une renommée internationale par l'association qui en est faite avec le principe de la reconnaissance mutuelle. Jamais pourtant dans la décision de la CJE ce principe n'est mentionné. Dans cette affaire, la CJE doit se prononcer sur une question assez ordinaire d'entraves non tarifaires au commerce. La législation allemande exige que la teneur en alcool des spiritueux soit d'au moins vingt-cinq pour cent pour être autorisés à la vente. Cette réglementation implique que le Cassis-de-Dijon, une liqueur française dont le taux d'alcool n'atteint que vingt pour cent, ne peut être mis en vente sur le marché allemand. Le plaignant, une entreprise d'import/export, porta le litige devant un tribunal allemand arguant que l'obligation d'un taux minimal d'alcool dans les liqueurs constituait une infraction à l'article 30 TCE qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation et toutes mesures d'effet équivalent. Le tribunal allemand fit appel à la CJE selon le mécanisme du renvoi préjudiciel et lui demanda de se prononcer sur le cas.

Sur la base de l'arrêt Dassonville, la réponse considérant l'article 30 TCE est évidente. Cependant, l'essentiel du problème se trouve plutôt selon la CJE autour de l'article 36 TCE qui permet des exceptions à l'interdiction posée à l'article 30. La question est donc la suivante : est-il admissible, en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation d'un bien, qu'un Etat invoque sa législation pour empêcher la mise en vente d'une marchandise importée ? La CJE répondit par l'affirmative. Aux yeux des juges de Luxembourg, « les obstacles à la libre circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales (...) doivent être acceptés, [...] à condition toutefois qu'[ils] répondent clairement à des « exigences impératives » liées à la protection d'objectifs d'intérêt général » (Dreyer et Dubey 2003 : 7-8). Dès lors, il s'agissait de savoir si la réglementation allemande en question répondait à ces exigences impératives.

La position du gouvernement allemand consistait à défendre le bien-fondé d'une telle réglementation en se basant sur des considérations de protection de la santé

publique. Son argumentation mettait en avant la nécessité d'éviter une prolifération des boissons alcoolisées sur le marché national. L'interdiction des boissons à basse teneur en alcool remplissait ce but dans la mesure où de tels produits augmentaient, plus facilement que ceux à teneur élevée, les possibilités d'addiction. L'Allemagne concluait en insistant sur le fait que donner raison au recourant revenait à accepter que les standards d'un pays sur le commerce d'alcool puissent alors s'étendre à l'ensemble de la Communauté, avec le risque d'un nivellement par le bas de cette réglementation (Alter et Meunier-Aitshalia 1994).

Dans son verdict de 1979, la CJE rejeta l'argument de l'Allemagne en se basant sur le principe de la proportionnalité qui veut que l'on doive recourir aux mesures les moins restrictives pour remplir un objectif. Dans le cas présent, la réglementation allemande a été jugée excessive. Par ailleurs, l'argumentation allemande apparaît comme des plus spécieuses. En effet, une norme imposant un contenu minimal d'alcool n'est certainement pas le moyen le plus efficace pour protéger la santé des consommateurs. Alors que la Cour aurait pu en rester là, se limitant ainsi à appliquer de manière assez directe les principes relatifs à l'arrêt *Dassonville*, elle avança pourtant encore un principe général qui est désormais le plus cité de l'arrêt : « Il n'y a ... aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etats membre [...] » (Dehousse 1997 : 79). Cette phrase contient en elle les ferments de la révolution de la reconnaissance mutuelle – et du principe de l'équivalence. En effet, la clause « à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres » introduit l'idée qu'une marchandise répondant à ces conditions doit pouvoir être en principe autorisée dans tous les Etats membres. On peut alors faire valoir, en corollaire à cette règle, que les prescriptions nationales qui réglementent la production et la commercialisation d'un bien dans son pays d'origine soient en principe, sauf preuve contraire, reconnues comme équivalentes dans ses effets à celles du pays de destination du produit.

A ce stade toutefois, cette phrase n'a pas de pouvoir légal réel. L'arrêt ne concerne que l'obligation d'émettre une raison valable pour exclure un produit du marché national. Dans ce sens, l'arrêt est une extension de l'article 36 du Traité et reconnaît, bien que ce ne soit pas le cas avec l'affaire *Cassis-de-Dijon*, que les réglementations nationales peuvent empêcher la libre circulation des marchandises à la condition de protéger un intérêt public prépondérant. Par conséquent, si l'on s'en tient strictement à la portée légale de la décision juridique, l'arrêt « *Cassis-de-Dijon* » n'est pas un revirement de la jurisprudence européenne. Il est au contraire une application de l'arrêt *Dassonville* et atténue même son effet en reconnaissant, dans certains cas, la validité des réglementations nationales.

Malgré tout, cet arrêt est célèbre pour avoir conduit à la mise en place d'une alternative à l'harmonisation des législations nationales grâce au principe de la reconnaissance mutuelle. Pour comprendre la portée de cet arrêt, il est nécessaire d'adopter une perspective politologique (Alter et Meunier-Aitshalia 1994). En fait, l'impact général de l'arrêt ne provient pas directement de sa portée légale mais surtout de son utilisation politique. On observe alors de quelle façon des liens se créent entre la CJE et la Commission européenne et plus largement entre le monde juridique et le monde économique et politique.

L'utilisation politique

Même si, en apparence, l'arrêt reste prudent, personne ne s'attendait à ce que la CJE émette des conclusions aussi générales. La Commission assumait pourtant ce fait très rapidement et publia dès l'été 1980 un communiqué dans lequel elle formulait un principe général à partir de cette décision juridique. Le principe de la reconnaissance mutuelle posait les bases d'un approfondissement de l'intégration économique et de l'achèvement du marché intérieur européen. Il énonce que « Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat membre » (Commission européenne 1980). Dans sa communication, la Commission souligna également que les Etats ne devraient pas adopter un point de vue purement national mais prendre en considération les options des autres Etats membres lorsqu'il est question pour eux de traiter de la libre circulation des marchandises. De plus, elle annonçait que les principes émis dans l'arrêt allaient désormais conduire l'ensemble du processus d'intégration économique. Cette « nouvelle approche » laissait à l'harmonisation formelle au niveau communautaire que les domaines qui restaient hors du champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire les domaines liés aux exceptions de l'article 36 TCE.

C'était la première fois que la Commission se servait d'une décision de la CJE pour formuler et justifier la création d'une politique. Il faut dire qu'à la fin des années 1970 les problèmes engendrés par l'existence des diverses réglementations nationales devenaient insoutenables dans l'optique de l'instauration du marché intérieur. Il y avait en effet, au début des années 1980, plus de barrières non tarifaires au commerce que de mesures d'harmonisation créées depuis le début des années 1960. A cette période, la Commission cherchait alors justement un moyen plus efficace que les harmonisations négociées entre les gouvernements pour atteindre cet objectif. La CJE contribua alors au débat en élargissant volontairement son argumentation, ouvrant une porte à l'introduction de la notion de la reconnaissance mutuelle, une notion qui permet de contourner les obstacles inhérents à l'harmonisation intergouvernementale et d'atteindre plus rapidement une plus vaste intégration économique.

L'arrêt « Cassis-de-Dijon », en tant que fenêtre d'opportunité, a servi de catalyseur à l'introduction du concept de la reconnaissance mutuelle dans le droit européen. Parce qu'elle est intervenue à un moment propice pour la Commission, la promulgation de cet arrêt put exercer une influence considérable dans le processus d'intégration économique, bien plus grande encore à ce que pouvait prétendre le contenu de la décision. En ce sens, l'utilisation qui a été faite de la décision de la CJE est tout à fait capitale dans les effets politiques de l'arrêt. Elle démontre précisément comment la dynamique sous-jacente à la construction du droit européen et spécialement du droit européen relatif à la libre circulation s'est propagée de la CJE à l'ensemble de l'administration européenne et comment s'interpénètrent ainsi les champs juridique, politique et économique (Stone Sweet et Caporaso 1998). Sans les efforts de la Commission, il est non seulement probable que la renommée de l'arrêt « Cassis-de-Dijon » soit restée au même niveau que celle de l'arrêt Dasonville mais il n'aurait surtout pas été possible de réaliser toutes les potentialités renfermées dans la décision de la CJE.

Par conséquent, la réponse de la Commission mais aussi la décision de la CJE étaient toutes les deux nécessaires pour produire une réorientation de la politique d'harmonisation en Europe. Bien que ce n'est pas ce qu'un système politique attend a priori des juges, ces derniers ont souvent l'occasion de jouer un rôle dans la définition et la légitimation des politiques, ce d'ailleurs même s'ils s'en défendent. L'arrêt « Cassis-de-Dijon » illustre parfaitement ce propos. En effet, la Commission a su saisir l'opportunité qui lui était faite et put présenter sa proposition comme inévitable et dérivant directement de l'arrêt. Il faut bien dire que les instances judiciaires ont un immense avantage sur les autres acteurs politiques. Contrairement à ces derniers qui sont limités à proposer des idées, les juges ont pour mission d'interpréter et de dire le droit. Cette mission confère alors à leurs décisions une autorité qui facilite l'acceptation de propositions qui auraient, dans la bouche d'autres acteurs, plus de peine à s'imposer. La CJE a ainsi permis à la Commission de s'appuyer sur la légitimité juridique et politique de sa décision pour avancer et justifier le principe de la reconnaissance mutuelle (Dehousse 1997).

Le principe de la reconnaissance mutuelle ne fit pourtant de loin pas l'unanimité. Au contraire, les Etats membres tentèrent de riposter en niant la légalité d'une telle mesure. A leurs yeux, la Commission avait été bien au-delà de ce qui était contenu dans l'arrêt de la CJE. Bien que l'action de la Commission ne convainque pas les Etats membres, elle a tout de même réussi à activer les recours des personnes privées qui portèrent devant les instances judiciaires plusieurs conflits sur des questions de libre circulation. L'« ombre de la loi » planait ainsi sur les réglementations nationales. En parallèle, la Commission, aidée par le lobbying des groupes d'intérêts commerciaux transnationaux, défendit devant les gouvernements des Etats membres l'application de la reconnaissance mutuelle comme stratégie alternative à l'harmonisation pour sortir de l'impasse intergouvernementale. Peu à peu, les

résistances parmi les Etats se firent plus lâches²⁰ et la reconnaissance mutuelle ainsi que la « nouvelle approche » proposée par la Commission furent avalisées par les Etats quelques années plus tard (Alter et Meunier-Aitsahalia 1994 ; Dehousse 1997 ; Stone Sweet et Caporaso 1998).

On voit bien ici que le recours à la CJE est un élément important du revirement des Etats²¹. Avant cette décision de justice, les gouvernements nationaux se trouvaient en position de force. D'une part, la règle du vote à l'unanimité les protégeait du risque d'une harmonisation forcée et, d'autre part, les Etats pouvaient penser, à juste titre, qu'en l'absence d'une règle communautaire, ils restaient libres de légiférer pour protéger les intérêts légitimes reconnus à l'article 36 TCE. Or l'arrêt « Cassis-de-Dijon » va étendre la portée de l'intégration négative. Si les Etats avaient persévéré dans leur opposition au principe de la reconnaissance mutuelle, ils se seraient exposés aux multiples recours de la part de la Commission et des particuliers, laissant à la CJE le soin d'arbitrer entre les différents enjeux. En soumettant les réglementations nationales au contrôle judiciaire européen, il devenait impossible d'en garantir continuellement l'effectivité. Refuser le principe de reconnaissance mutuelle pouvait alors conduire à une discrimination à rebours dans la mesure où une règle nationale, remise en question par un jugement de la CJE, ne toucherait plus que les produits nationaux, qui devraient néanmoins subir la concurrence de produits étrangers bénéficiant de la libre circulation. Dans ces conditions, les gouvernements des Etats membres ont rapidement compris qu'il était préférable pour eux d'accepter le principe de la reconnaissance mutuelle. Ils préservaient ainsi leur pouvoir de décision (Dehousse 1997).

L'influence de la CJE s'est étendue au fil des années à toutes les sphères du système politique européen. Ses activités se répercutent maintenant sur le comportement de l'ensemble des acteurs politiques participant au processus d'intégration européenne. Dehousse (1997 : 90) écrit : « Tous – institutions, autorités nationales, groupes d'intérêts – ont appris – parfois à leurs dépens – qu'ils devaient intégrer les paramètres juridiques dans leurs analyses et compter avec la Cour. Le droit est devenu un instrument de stratégie politique ». La juridicisation de l'ensemble du processus politique européen démontre que la CJE constitue un acteur politique à part entière. Elle a été capable d'agir de manière autonome malgré l'opposition des Etats membres. Elle a exercé tout d'abord une importante fonction d'innovation. Que ce soit au niveau de la « constitutionnalisation » du Traité ou dans le cadre de la libre circulation, c'est elle qui a le mérite d'avoir adopté une interprétation généreuse et novatrice des dispositions du Traité qui a permis

²⁰ La France, l'Allemagne et l'Italie étaient les pays les plus opposés à cette nouvelle stratégie.

²¹ Il faut également tenir compte du contexte international dans lequel un vaste marché unique européen pouvait espérer mieux résister à la concurrence internationale. A cela, il faut ajouter le retour au pouvoir, au début des années 1980, dans différents pays européens de gouvernements à majorité libérale de même que l'échec de la politique économique française en 1983 (Stone Sweet 2000).

d'approfondir et d'étendre l'intégration européenne dans divers domaines. La tendance à voir aussi dans les objectifs et dispositions du Traité une source de droits pour les particuliers, la possibilité pour ces derniers d'invoquer ces droits devant les tribunaux et d'en obtenir l'application au nom de l'effet direct et de la primauté ont exercé une pression certaine sur les Etats membres à adopter au niveau européen de nouvelles règles législatives. La CJE exerce ici une « fonction d'incitation à l'action législative » (Dehousse 1997 : 86). Enfin, la Commission mais également les groupes d'intérêts ont pu de leur côté, lorsqu'ils cherchaient à favoriser la mise en place du marché intérieur, bénéficier de la légitimité émanant de la chose jugée. Ce sont par ces éléments que la CJE s'est imposée comme l'un des principaux acteurs du processus d'intégration.

1.4 Remarques intermédiaires

La CJE a influencé indéniablement le processus d'intégration. Sa contribution s'est opérée à trois niveaux. Au niveau des structures institutionnelles, elle a permis par l'intermédiaire des doctrines de l'effet direct et de la primauté de faire passer progressivement le système politique européen d'un fonctionnement international à un mode de gouvernement plus supranational. On a vu cependant qu'il ne fallait pas être trop catégorique sur cette question, que certains domaines politiques se rapprochaient plus d'un mode de gouvernement intergouvernemental tandis que d'autres présentaient plus les caractéristiques d'une forme de gouvernement supranational (Stone Sweet et Sandholtz 1998 ; Scharpf 2000). Cela étant, la CJE a réussi par sa jurisprudence à créer un système juridique européen et à faire du Traité de Rome la « charte constitutionnelle » de la Communauté (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 209).

Son action a également exercé un impact sur les politiques communautaires, particulièrement dans le cadre de l'intégration économique. Sans l'intervention de la CJE, la réalisation du marché intérieur européen ne serait pas aussi avancée aujourd'hui. A travers l'arrêt « Cassis-de-Dijon »²², elle a ouvert la voie au principe de la reconnaissance mutuelle qui constitue lui-même une alternative au processus d'harmonisation des législations nationales. Au début, la décision de la Cour ne concernait que le domaine de la libre circulation des marchandises mais les juges de

²² L'arrêt Keck et Mithouard a apporté une précision à la définition des « mesures d'effet équivalent ». « Ainsi les mesures qui portent *sur le produit lui-même* sont présumées mesures d'effet équivalent, parce qu'elles ont pour effet d'entraver l'accès au marché du produit en cause, alors que les mesures portant *sur les modalités de vente*, au sens du point 16 de l'arrêt Keck, ne sont pas présumées constituer des mesures d'effet équivalent, sauf si elles entravent l'accès au marché » (Dreyer et Dubey 2003 : 51). Cet arrêt, parfois qualifié de revirement de la jurisprudence de la CJE, n'est en fait qu'une limitation du champ d'application des principes émis dans l'arrêt Cassis. Nous en parlons car le Tribunal fédéral fut amené à discuter de cette question, même s'il la laisse indéfinie, dans l'arrêt 128 I 295. L'affaire concernait une mesure restrictive genevoise en matière de publicité pour les alcools et le tabac. Cette mesure semblait échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent (restriction à l'accès au marché) puisqu'elle portait sur les modalités de vente et non pas sur le produit lui-même.

Luxembourg ont étendu par la suite les principes jurisprudentiels de l'arrêt « Cassis-de-Dijon » à la libre prestation des services (1991) et à la liberté d'établissement (1993). Au fil des années, la Commission accrut encore la portée de cette jurisprudence en la transposant dans le droit européen.

Hormis le domaine du marché intérieur, la CJE a également été active dans d'autres secteurs politiques, comme la politique de protection sociale (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 230-239) et la politique environnementale (Cichowski 1998). Dans ce contexte, elle a alors favorisé l'adoption de mesures d'intégration positive, le plus souvent en interprétant des directives des Etats membres. Dans le domaine de la protection sociale, l'affaire Dekker a permis, par exemple, à la CJE de définir les termes essentiels de la directive relative à la grossesse et à la maternité adoptée en 1992 par le Conseil, qui l'avait pourtant préalablement rejeté à cause du refus du Royaume-Uni. Sur la question environnementale, les juges ont dû faire face à deux types de tensions inhérentes à la politique de l'environnement dans l'UE : d'une part, la tension entre les objectifs du marché intérieur et le développement de règles environnementales européennes et, d'autre part, la tension entre l'unification des règles environnementales au niveau européen et la préservation des capacités d'action nationale. En général, la CJE a agi de sorte à supprimer les régulations environnementales nationales qui obstruaient le libre-échange intracommunautaire, et à construire un cadre juridique européen qui puisse arbitrer entre la protection environnementale et les intérêts économiques. Mais la Cour de Luxembourg a également demandé aux Etats membres de mettre leurs lois en conformité avec les normes environnementales européennes. Ces quelques propos laissent penser que la CJE a aussi pu favoriser l'adoption de mesures d'intégration positive. Cela dit, force est de constater que ce type d'actions a été moins détonant et plus tardif que celles ayant eu pour domaine le marché intérieur.

Enfin, la CJE a réussi par sa jurisprudence à activer la prise de décision au sein des institutions européennes de la part des Etats membres. En effet, l'ensemble des acteurs politiques ont compris qu'il fallait introduire dans leurs calculs l'action de la CJE. Ils ont en conséquence modifié et adapté leur comportement par rapport à ce nouvel élément de sorte que les recours juridiques interjetés spécialement par les particuliers sont devenus un puissant instrument d'incitation à l'action politique (Dehousse 1997). Par leur capacité à remettre en question l'efficacité des réglementations nationales, les recours ont incité les gouvernements à oublier leurs divergences et leurs réticences à procéder à une harmonisation de leurs normes juridiques. Dans ce processus, la CJE a exercé un rôle capital ; sans son action, les blocages relatifs à la prise de décision intergouvernementale auraient pendant longtemps empêché toute innovation rapide et sérieuse dans l'intégration européenne. Mais il est bien évident que, sans les recours sur renvoi préjudiciel, le potentiel d'action de la CJE serait resté inexploité. Ce point est sans nul doute l'une des raisons aussi de l'échec de la LMI dans le contexte suisse.

Deuxième partie

Le cas suisse : la construction du marché intérieur entre principe fédéraliste et exigence d'un marché unique

Le parallèle qui peut être fait entre la Suisse et l'Europe dans la mise en place d'un espace économique intérieur unifié est tout à fait frappant. Sur le constat tout d'abord, la Suisse, au même titre que l'Europe, est confrontée à un ensemble de barrières internes aux échanges économiques. Pendant des décennies, le fédéralisme et la construction duale de l'économie ont rendu impossible l'existence d'un marché intérieur unifié. Il est vrai cependant que, contrairement à la Communauté européenne où les entraves touchent tous les niveaux, les obstacles se focalisent pour la Suisse plus sur la libre prestation des services et la libre circulation des personnes (mobilité des salariés et des indépendants) que sur la libre circulation des marchandises et des capitaux. Ensuite, dans leur volonté de créer un marché intérieur, la Suisse et l'Europe sont confrontées à une même tension : d'une part, tenir compte de la souveraineté des entités étatiques qui les composent et, d'autre part, faire progresser le marché intérieur. Ces deux exigences impliquent une attitude contradictoire vis-à-vis de la possibilité, pour les entités subordonnées, de réglementer les activités économiques sur leur territoire.

L'approfondissement de l'intégration économique européenne de même que la rapide internationalisation de l'économie mondiale ont, dès la fin des années 1980, pressés les autorités suisses à entreprendre des réformes sur les plans économiques et sociaux. En 1995, le Conseil fédéral fit adopter ainsi la loi sur le marché intérieur (LMI). L'expérience européenne inspira clairement cette réforme. Elle démontrait en effet que des progrès importants étaient envisageables dans le domaine de l'intégration économique. Ce n'est donc pas un hasard si la LMI transpose au cadre suisse le principe de la reconnaissance mutuelle. Une fois encore, le parallèle entre la Suisse et l'Union européenne est significatif. Qui plus est, comme ce fut le cas dans le processus d'intégration économique en Europe, la LMI se limitant à avancer des principes généraux, les dispositions légales relatives à l'accès au marché demandent à être interprétées. En s'inspirant des principes juridiques communautaires, c'est la logique même de l'intégration économique européenne qui va être reprise par la Suisse. La mise en œuvre de la loi repose ainsi sur les recours interjetés par les particuliers et le travail d'interprétation des instances judiciaires, et en dernier lieu du Tribunal fédéral. Par conséquent, en raison aussi bien de l'objectif poursuivi, que des problèmes rencontrés ou de la solution proposée, les situations suisse et européenne méritent d'être rapprochées.

2.1 La Suisse dans le contexte des années 1990 : internationalisation et libéralisation

La Suisse n'a probablement jamais connu autant de réformes et d'innovations dans le domaine des politiques économiques et sociales qu'au cours des années 1990. Durant cette période, elle a effectué plusieurs ajustements majeurs par rapport à son environnement extérieur que ce soit en relation avec l'importance accrue que prennent des institutions telles que l'OMC (Uruguay Round) ou l'UE (approfondissement de l'intégration) ou par rapport à l'internationalisation rapide que connaît l'économie mondiale. Les réformes entreprises doivent, dans un sens, corriger l'écart qui existe entre le contexte international et la situation intérieure suisse et peuvent ainsi se comprendre comme le fruit des interactions entre facteurs externes et facteurs internes. En tous les cas, ces années représentent un tournant dans l'orientation des politiques économiques et sociales en Suisse en considération des décennies antérieures caractérisées par des changements « lents, incrémentaux et relativement limités » (Mach, Häusermann et Papadopoulos 2003).

Trois éléments complémentaires sont habituellement avancés pour expliquer ces mutations (Häusermann 2003 ; Mach 1999 et 2001 ; Mach, Häusermann et Papadopoulos 2003). En premier lieu, les rapports de la Suisse avec son environnement international sont en pleine évolution. Les réformes entreprises par la Communauté européenne se traduisent par un approfondissement de l'intégration économique des différents marchés nationaux d'Europe occidentale. D'une manière générale, ces réformes vont amener les autorités fédérales à revoir leur position vis-à-vis de leur voisin européen. Elles contribuent ainsi à relancer le débat sur l'avenir de la Suisse en Europe au sein de la population. Les négociations du GATT lors de l'Uruguay Round confirment et annoncent, quant à elles, la tendance à une libéralisation toujours plus large de l'économie mondiale. Ces accords qui voient la création de l'OMC vont avoir une répercussion directe sur l'économie suisse, tout particulièrement sur l'économie domestique.

Ces transformations trouvent également leur origine dans la situation économique et sociale de la Suisse. En effet, à côté d'un environnement international changeant, la Suisse doit faire face, sur le plan intérieur, à une augmentation rapide et soudaine du chômage. Due à une récession économique qui, bien que modeste, est appelée à durer, cette situation a d'inévitables conséquences sur l'état des finances publiques. Cette pression financière va donner des armes aux milieux économiques pour exiger des réformes dans le domaine des politiques sociales²³. Dans un contexte de renforcement de la concurrence internationale, il s'agit de consolider la compétitivité des entreprises suisses.

²³ Pensons par exemple à la 10^{ème} révision de l'AVS, à la révision de la loi sur le travail, à la deuxième révision de la loi sur l'assurance-chômage mais aussi à la réforme de l'AI et de l'assurance-maladie (Mach 1999).

Le troisième et dernier élément est étroitement lié aux deux autres. Les secteurs les plus internationalisés de l'économie suisse vont en raison des transformations internationales mais aussi de la situation économique et financière intérieure progressivement modifier leurs préférences politiques et remettre en question leur attitude traditionnelle de compromis envers les représentants du monde du travail mais également envers les représentants des milieux économiques produisant pour le marché intérieur. Bénéficiant de la caution de plusieurs économistes, ces milieux pressent alors les autorités à entreprendre des réformes radicales dans le domaine des politiques économiques et sociales. En somme, c'est l'ensemble de l'action politique des années 1990 qui se voit modifiée et réorientée sous l'action combinée des transformations accomplies au niveau international (libéralisation des échanges économiques mondiaux et renforcement des institutions supranationales) et des impulsions opérées au niveau national (situation économique et chômage, essor des idées néo-libérales).

En raison de la petite taille de son marché intérieur et de sa dépendance à l'égard des marchés internationaux, la Suisse a connu depuis longtemps une internationalisation de son économie. Cette internationalisation s'est toutefois concentrée sur quelques secteurs économiques (Mach 1999 et 2001). Dès lors, l'économie suisse s'est caractérisée par une structure duale comprenant, d'une part, les secteurs tournés vers l'exportation et, d'autre part, les branches économiques orientées vers le marché domestique. Cette insertion dans l'économie mondiale s'est traduite par l'acceptation des règles de la concurrence mais ces dernières ont été contrebalancées en parallèle au niveau interne par des « mesures de compensation » destinées aux milieux économiques produisant pour le marché suisse. Ces mesures de compensation s'incarnent dans des politiques protectionnistes comme par exemple le développement d'une politique agricole protégée et subventionnée ou encore dans une législation sur les cartels « permissive ». Il y a donc une combinaison entre une intégration dans l'économie mondiale, marquée par l'acceptation du libéralisme économique, et des politiques de compensation interne visant à soustraire certains domaines de la concurrence étrangère par des mesures protectionnistes. L'implication de la Suisse dans l'économie mondiale s'est accompagnée ainsi d'une certaine dose d'intervention de l'Etat sur le plan intérieur²⁴.

²⁴ Les compensations internes se sont cependant principalement développées en Suisse en faveur des milieux paysans et des secteurs économiques représentés par l'USAM. Contrairement à d'autres petits pays européens, le domaine des politiques sociales, la réglementation du marché du travail ou l'intervention de l'Etat dans la sphère économique sont restés limités en raison de divers facteurs comme l'organisation précoce des intérêts économiques et la formation d'un « bloc bourgeois » à la fin du XIX^{ème} siècle, un tissu industriel décentralisé, une division linguistique et religieuse des principaux syndicats ou encore les particularités institutionnelles de la Suisse. Cette réduction des politiques de compensation interne aux milieux de la « Binnenwirtschaft » couplée à l'acceptation du libéralisme économique sur le plan extérieur donne au corporatisme suisse une forme « libéral-conservatrice » (Mach 2001 : 94-98).

A travers le processus de globalisation économique, la séparation traditionnelle entre secteurs économiques orientés vers les marchés internationaux et branches produisant pour le marché intérieur va se révéler de plus en plus difficile à maintenir. En effet, l'approfondissement de l'intégration européenne et la participation de la Suisse à des institutions supranationales telles que l'OMC ont des répercussions internes nouvelles. Les accords du GATT et la création de l'OMC renforcent la dynamique de libéralisation économique au niveau mondial. Cependant, si les négociations de l'Uruguay Round représentent pour les entreprises opérant sur les marchés internationaux une opportunité d'expansion, elle ne sont néanmoins pas exemptes de nouvelles contraintes pour les secteurs économiques opérant sur le marché domestique, notamment sur des questions comme l'agriculture ou les marchés publics. En ne permettant pas en principe aux Etats de se défilier lors de l'application de leurs règles, ces accords exercent par conséquent une pression directe et formelle sur l'orientation et la formulation des politiques intérieures.

Comme l'a souligné Häusermann (2003), les pressions à l'adaptation ne s'exercent pas uniquement de façon directe. Sans être membre de l'Union européenne, la Suisse subit une pression indirecte d'ordre économique sur le fonctionnement de son économie suite à l'approfondissement du processus d'intégration économique européen. En effet, même si les risques de discrimination pour l'économie suisse paraissent peu importants, il s'avérait difficile de revendiquer l'accès non discriminatoire au marché unique pour les entreprises suisses sans ouvrir également ses frontières. C'est à partir de la fin des années 1980 que les signes d'une transformation des relations avec l'UE font leur apparition. La réalisation du marché intérieur européen avec l'adoption de l'Acte unique en 1986 incite les autorités suisses à entreprendre des démarches en vue de se rapprocher et de participer à ce vaste marché (eurocompatibilité de la législation suisse, par exemple). Mais ce sont les négociations sur l'EEE qui constitueront le plus grand défi pour la politique européenne de la Suisse. Une adhésion n'étant pas envisagée pour différentes raisons économiques et politiques (Mach 2001), la voie choisie fut celle de l'accord EEE qui entend permettre aux Etats non membres de l'UE de participer au marché unique européen. La réalisation de la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux en est l'objectif central.

Le rejet de l'accord EEE le 6 décembre 1992 plongea le monde politique dans une stupeur complète. Cette décision populaire négative va alors déclencher véritablement le processus de réorientation des politiques économiques et sociales en Suisse. Ce refus ne remet pas en doute la nécessité d'opérer des ajustements internes. Bien au contraire. Au moment de l'ouverture mondiale et régionale des marchés et du renforcement des institutions supranationales, il devient en effet toujours plus difficile pour un pays comme la Suisse de recourir à l'option traditionnelle de l'« intégration économique sans participation politique » (Mach 2001 : 104). Par ailleurs, la Suisse doit affronter en même temps, sur le plan intérieur, une récession

économique qui donne lieu à un niveau de chômage jamais atteint depuis la Grande Dépression des années 1930. Ces deux éléments, stagnation économique et hausse massive du chômage, pèsent lourdement sur la situation financière des collectivités publiques. Les déficits des assurances sociales, en particulier de l'assurance-chômage, conduisent ainsi à une augmentation importante de la dette publique. En somme, la récession économique intérieure ainsi que la situation financière de l'Etat combinées aux pressions internationales aux changements vont accroître le sentiment de crise que traverse le pays aussi bien parmi la population que parmi les élites. Cette situation va permettre aux représentants des entreprises les plus internationalisées, soutenus en ce sens par des économistes renommés ainsi que par certains offices de l'administration fédérale (OFAEE), de faire passer leurs revendications en matière de réformes. Cette « coalition néo-libérale », bénéficiant de la caution scientifique apportée par certains milieux académiques et ayant ses entrées au plus haut niveau de la prise de décision, a été clairement à la base de la formulation et de la réorientation des politiques économiques et sociales en Suisse dans les années 1990. Comme l'a remarqué Mach (2001 : 144), ces divers acteurs ont réussi à s'approprier « l'interprétation « juste » de la crise et des réponses à y apporter ».

Après l'échec de l'EEE, l'objectif consista ainsi pour le Conseil fédéral à éviter une marginalisation économique de la Suisse. A cette fin, et pour contrer les retards accumulés, il s'agissait désormais d'améliorer la compétitivité de la Suisse par des mesures de libéralisation de l'économie intérieure, par une réduction des charges fiscales et par une diminution de l'intervention de l'Etat. Les négociations sur l'EEE avaient montré quelles politiques économiques méritaient des réformes, soulignant particulièrement le fait que l'espace économique suisse n'était pas unifié. En réponse aux réactions similaires des différents acteurs politiques, économiques et scientifiques majeurs, le Conseil fédéral lança en janvier 1993 un programme de « régénération » de l'économie suisse. Ce programme comprenait différents volets (Mach 2001). Il cherchait avant tout à libéraliser l'économie intérieure du pays et comprenait plusieurs lois : la loi fédérale sur les cartels, la loi fédérale sur les marchés publics et la loi fédérale sur le marché intérieur. Ces trois lois avec également la loi sur les entraves techniques au commerce devaient assurer la réalisation d'un marché intérieur unifié, remettant en question l'existence même du système économique dualiste. En effet, les représentants des secteurs les plus compétitifs de l'économie n'acceptent plus les coûts dérivant des mesures protectionnistes dont bénéficient les acteurs économiques domestiques. Afin de préserver la compétitivité de la place économique et financière de la Suisse, une libéralisation devait être menée au niveau intérieur. Cette exigence casse la pratique habituelle de coopération avec les secteurs économiques orientés vers le marché intérieur de même qu'elle souligne la profonde rupture avec le système antérieur de concertation entre Etat et associations économiques de sorte que l'on peut parler

d'une remise en question du modèle « libéral-conservateur » du corporatisme suisse (Mach 2001 : 58 et 110).

Les années 1990 correspondent ainsi à une période où il est devenu impossible pour la Suisse de préserver une structure économique où des secteurs entiers sont protégés de la concurrence internationale. Par conséquent, les différentes mesures de compensation interne sont destinées, à l'heure de la globalisation économique, à être fortement assouplies voire dans certains cas à être éliminées. C'est particulièrement le cas dans le cadre de la politique agricole, de la concurrence sur le marché intérieur et de la libéralisation des monopoles de l'Etat. Désormais, à travers l'intensification de l'intégration économique au niveau mondial et européen, il faut, si l'on veut pouvoir participer à l'économie internationale, accepter également les nouvelles règles de la concurrence même si elles affectent l'ordre politique et économique interne. Indépendamment de ces éléments, l'amélioration de la compétitivité économique d'un pays devient, dans un contexte de concurrence accrue entre les économies nationales, un objet d'attention toujours plus important pour les autorités politiques.

Dans cette optique, la Suisse a effectué plusieurs ajustements majeurs par rapport à différentes régulations internationales (OMC) et supranationales (UE). La libéralisation du marché intérieur a pris alors une grande actualité. Si la Suisse veut pouvoir accéder au marché européen (et mondial dans une certaine mesure), elle ne peut faire l'économie d'une ouverture réciproque de ses frontières. Par conséquent, elle est obligée de régler la question des cartels, des marchés publics et des divergences entre les réglementations cantonales²⁵. Dans ces circonstances, la libéralisation est aussi avancée comme une des solutions à la récession économique et au chômage que subit la Suisse (Conseil fédéral 1993). La loi sur le marché intérieur est marquée par le souci de répondre à cet enjeu. Ne découlant d'aucun accord international, cette loi ne répond donc pas à une exigence directe. Elle vise plutôt à stimuler, d'une part, la concurrence et la compétitivité et, selon les schémas de causalité de l'économie classique, la croissance économique et, d'autre part, à écarter le danger de discrimination à rebours pour les ressortissants et les produits suisses²⁶.

²⁵ Häusermann (2003 : 14) souligne que « le processus d'ouverture des marchés publics aux offrants étrangers à travers le GATT a également entraîné une pression indirecte à la libéralisation intercantonale en Suisse ». Dans le cas contraire, on aurait pu arriver à une situation de discrimination à rebours où des offrants étrangers auraient été avantagés alors que les offreurs nationaux en provenance d'autres cantons ne pouvaient bénéficier d'une ouverture des marchés suisses.

²⁶ Les produits et les ressortissants étrangers peuvent circuler toujours plus librement sur le territoire suisse en vertu des accords de l'OMC, des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la CE de 1972 ou encore d'autres accords de libre-échange conclus avec d'autres pays européens. Sans véritable marché intérieur, les ressortissants et les produits suisses peuvent se trouver dans une situation moins favorable dans leur propre pays que les ressortissants et produits étrangers (Conseil fédéral 1995 : 1205 et 1209-10).

2.2 La loi fédérale sur le marché intérieur

Le fédéralisme et la construction duale de l'économie suisse ont rendu impossible la présence d'un marché intérieur unifié. A côté des obstacles relevant du droit privé, l'existence de multiples réglementations publiques a segmenté l'espace économique suisse. En effet, des secteurs très importants sont restés du ressort des cantons, voire des communes. Ce sont dans les domaines de la libre circulation des personnes et des services que les obstacles sont les plus importants. L'accès aux marchés régionaux est ainsi limité par l'absence de reconnaissance mutuelle des diplômes cantonaux ainsi que par la non prise en compte des années de pratique professionnelle. Il en ressort que la libre circulation des personnes n'existe pas pour toutes les activités dont les conditions d'exercice diffèrent selon les cantons. Ces restrictions se retrouvent également dans le domaine de la libre circulation des services. Ici ce sont les obligations d'établissement, les concessions et les normes techniques locales qui constituent des barrières au libre accès au marché. La libre circulation des marchandises est quant à elle mieux assurée, notamment par l'existence de dispositions fédérales. Il reste toutefois que pour certains produits (chaudières) ce sont toujours des prescriptions cantonales qui réglementent l'accès au marché. Par ailleurs, l'application diverse qui est réservée aux dispositions fédérales lors de leur implémentation par les autorités cantonales constitue parfois un obstacle à la libre circulation des produits (Conseil fédéral 1995). Dans ces circonstances, les sujets économiques externes ont été régulièrement gênés dans leur accès aux marchés cantonaux ou communaux de sorte que pour beaucoup de professions le marché intérieur n'existe pas.

D'une manière générale, la Confédération a pendant longtemps privilégié le respect du fédéralisme par rapport aux aspects économiques. Cependant, comme nous venons de le voir dans le chapitre précédent, les changements intervenus au niveau international ont exigé de la part de la Suisse des adaptations économiques qui ne pouvaient que difficilement être différées, même si cela a aussi permis à certains acteurs de faire de ces adaptations les bases d'une nouvelle politique de libéralisation de l'économie suisse.

Dans ce contexte, la LMI entend modifier le fonctionnement interne de l'économie suisse et éliminer les obstacles publics à la pleine réalisation de la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Pour cela, la LMI a été conçue comme une loi-cadre. En effet, dans la mesure où une harmonisation des diverses législations cantonales requiert un grand investissement en temps, est source de conflits entre les différents niveaux de l'Etat et signifierait également et surtout l'obligation de passer par une révision constitutionnelle²⁷, le

²⁷ Dans son rapport sur les effets de la LMI, la Commission de gestion du Conseil national (2000 : 5608) dit que « le législateur a renoncé à une harmonisation des législations cantonales, sans quoi une modification constitutionnelle aurait été nécessaire ». Cette affirmation s'inscrit dans le cadre de l'ancienne Constitution. A l'époque, plusieurs cantons avaient émis des doutes quant à la

gouvernement a préféré opter pour une voie alternative. Cette dernière consiste à contourner, à l'instar de ce qu'a fait l'Union européenne quelques années auparavant, les barrières à la libre circulation plutôt que de les éliminer par une harmonisation des législations cantonales.

Il faut en effet bien garder à l'esprit que les autorités suisses sont confrontées, dans la mise en place d'un marché intérieur, à un problème que les instances européennes ont dû également affronter. En tant qu'entités aux structures fédérales ou interétatiques, la Suisse et l'Union européenne doivent faire face à une même tension entre, d'une part, la souveraineté des Etats qui les composent et, d'autre part, la réalisation d'un marché intérieur. Par conséquent, le choix de passer par une harmonisation centralisée des diverses législations est une solution laborieuse puisque, dans un cas comme dans l'autre, il existe des configurations institutionnelles qui exercent de fortes contraintes sur la réussite d'une telle entreprise. Pour la Suisse, l'existence du référendum obligatoire et facultatif, et pour l'Europe, la nécessité d'un vote unanime des Etats membres, non seulement ralentissent et fragilisent le processus de décision mais, en plus, n'assurent absolument pas que les solutions envisagées suffisent à concrétiser les quatre libertés. Dans cette perspective, le Conseil fédéral a privilégié une loi qui se limite à formuler les principes indispensables à l'unification du marché intérieur suisse et qui ne prévoit aucune harmonisation formelle des droits cantonaux. Ce faisant, il s'est inspiré ouvertement de l'expérience du marché unique de l'Union européenne et du droit communautaire. Soulignant que « l'intégration européenne dans le cadre de l'UE a progressé plus vite que le processus du marché intérieur suisse » (Conseil fédéral 1995 : 1214), le gouvernement « entend en tout premier lieu appliquer le principe dit Cassis-de-Dijon, adapté à cette occasion au cadre juridique suisse » (Conseil fédéral 1995 : 1216).

La création d'un marché économique unique en Europe est passée par plusieurs phases. Alors que le Traité de Rome prévoyait qu'à la fin de l'année 1969 les droits de douane, les restrictions quantitatives au commerce ainsi que toute mesure « d'effet équivalent » devaient être levés, la possibilité d'exiger, pour toute décision, un vote à l'unanimité des Etats membres figea pour une dizaine d'années tout progrès dans ce domaine. A la fin des années 1970 perça toutefois une nouvelle option qui s'appuie avec beaucoup d'à propos sur l'arrêt « Cassis-de-Dijon » de la CJE. Comme on l'a

constitutionnalité de la LMI. Ces oppositions ne plaident pas pour une option trop centralisatrice de la part des autorités fédérales. Avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1999, la marge de manœuvre dont dispose le législateur a cependant évolué (Auer et Martenet 2004a : 277-280). En réalité, il faut distinguer entre différentes variantes d'harmonisation. Toutes ne sont pas anticonstitutionnelles. Selon Auer et Martenet (2004a : 309), « la Confédération ne peut pas se fonder sur l'article 95 Cst. pour unifier indistinctement l'exercice de toutes les activités économiques lucratives privées ». Par contre, une harmonisation ciblée des professions qui font obstacle à la concrétisation du mandat constitutionnel de créer un espace économique unique est admissible (Auer et Martenet 2004a : 310).

vu, cet arrêt encouragea alors la Commission à faire du principe de la reconnaissance mutuelle le moteur de la réalisation du marché unique en Europe. Ce principe établit la présomption d'équivalence des législations nationales dans leurs effets, c'est-à-dire en pratique la reconnaissance mutuelle des règles juridiques et techniques entre Etats membres. La CJE a en effet laissé entendre, du moins c'est ce qu'en a déduit la Commission, qu'imposer aux produits des autres Etats membres les règles techniques du lieu de destination revenait à établir une mesure équivalente à une restriction quantitative à l'importation, ceci étant formellement interdit par l'article 30 du Traité de Rome. Autrement dit, les produits fabriqués et mis en vente légalement dans l'un des Etats membres doivent en principe être admis dans toute la Communauté²⁸. Par conséquent, plutôt que de passer par un lourd processus d'harmonisation des législations nationales, l'Europe privilégia le plus souvent, dans l'optique d'une unification de son marché intérieur, une solution alternative à travers l'application du principe de la reconnaissance mutuelle.

La LMI repose essentiellement sur l'adaptation et l'application de ce principe au cadre juridique suisse. Elle vise à assurer l'accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse. L'article 2 LMI concrétise le principe de la reconnaissance mutuelle ; par son intermédiaire, la LMI établit la présomption d'équivalence entre les différentes réglementations cantonales d'autorisation d'exercer certaines activités lucratives ou d'offrir certains services. Cet article stipule que « 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 » (LMI, RS 943.02)²⁹. Autrement dit, si une entreprise ou un travailleur, sur la base de ses diplômes, peuvent avoir accès au marché dans un canton, ils doivent avoir la possibilité d'offrir leur travail ou leurs services sur l'ensemble du territoire suisse. Cette présomption d'équivalence vaut également pour les certificats de capacité cantonaux sous réserve d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation. L'accès au marché est par conséquent régi par les prescriptions applicables au lieu de provenance de la personne ou de l'entreprise offreuse dans tous les cas où une réglementation fédérale voire intercantonale n'existe pas pour la profession ou la marchandise en question.

²⁸ Cette norme, rappelons-le, n'est toutefois pas absolue. L'inverse poserait problème puisque certaines réglementations étatiques poursuivent des buts légitimes de protection de la santé, de protection de l'environnement, d'efficacité des contrôles fiscaux ou encore de protection des consommateurs que d'autres Etats ne parviennent pas à satisfaire avec leurs réglementations. Pour éviter un nivellement par le bas, des prescriptions peuvent alors être édictées mais les obstacles y afférant doivent répondre à des intérêts publics prépondérants. En aucun cas, elles ne sauraient constituer des obstacles déguisés aux échanges.

²⁹ A l'instar de Mach (2001 : 194), nous pouvons parler d'une « helvétisation » du principe de la reconnaissance mutuelle.

Cela dit, comme dans le cas européen, la liberté d'accès au marché n'est pas absolue ; dans certaines circonstances, elle peut être restreinte pour les offreurs externes selon les prescriptions applicables au lieu de destination pour des raisons relevant de l'intérêt public des cantons. L'article 3 LMI formule les principes limitant la liberté d'accès au marché. Ces restrictions doivent toutefois répondre à certaines obligations. Concrètement, elles doivent à la fois être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux et répondre au principe de proportionnalité. Enfin, obligation que l'on trouve déjà en Europe, ces limitations « ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux » (Art.3, al.4 LMI ; RS 943.02).

Différentes autorités indépendantes de régulation ont été instituées dans le cadre de la libéralisation de l'économie suisse. En ce qui concerne la LMI, c'est à la Commission de la concurrence (Comco) que revient la mission de veiller au respect des dispositions de la loi. Elle peut ainsi adresser aux cantons et aux communes des recommandations concernant des actes législatifs et procéder à des enquêtes et des expertises. Cependant, contrairement au cas de la loi sur les cartels, ses recommandations et ses expertises n'ont pas de pouvoir contraignant. De plus, le recours à la Comco n'est pas obligatoire, que ce soit lors de l'élaboration d'actes législatifs par les autorités cantonales ou communales ou lors d'une action devant les autorités judiciaires. Enfin cet organe ne possède pas lui-même de droit de recours et ne peut donc saisir les tribunaux. Par conséquent, son rôle se confine largement à une activité de conseil et de surveillance³⁰.

La mise en œuvre concrète de la liberté d'accès au marché repose dès lors entièrement sur les recours déposés par les particuliers concernés. En effet, compte tenu des capacités limitées de la Comco, la LMI se borne à conférer des droits aux personnes dont l'activité professionnelle est soumise à la liberté du commerce et de l'industrie (ou liberté économique selon la dénomination actuelle). Cette option est liée, comme on l'a vu, à la nécessité de respecter la Constitution mais retranscrit aussi la volonté du gouvernement de ne pas imposer aux cantons une solution trop centralisée.

³⁰ A première vue relativement passif, le rôle de la Comco ne doit pas être pour autant trop rapidement sous-estimé. En effet, on remarque que, souvent, des acteurs qui, sur un plan purement formel, n'ont qu'une marge de manœuvre somme toute relativement étroite parviennent à influencer d'une manière ou d'une autre les décideurs. Dans le cas présent, nous pouvons supposer que les différents travaux et avis de la Comco ont contribué à orienter certains acteurs sur ce qu'il convenait de faire. Nous pensons surtout aux instances politiques et administratives fédérales, peut-être moins aux autorités cantonales ou aux organes judiciaires. Par exemple, dans le processus de révision de la LMI, nous pensons que ses appréciations ont été particulièrement écoutées et suivies. C'est le sentiment que nous avons lorsque nous comparons les opinions de la Comco dans la publication Droit et politique de la concurrence en pratique (Auer et Martenet 2004a) et le projet de révision de la LMI du 24 novembre 2004 (Conseil fédéral 2005).

En effet, il faut se rappeler que si tous les partis politiques gouvernementaux et une grande partie des organisations économiques et syndicales ont soutenu l'avant-projet, l'opposition est venue des cantons. Il est vrai que ces derniers, pourtant les premiers visés par la loi, avaient été peu associés à cette première phase de décision (Häusermann 2003). La Commission d'étude chargée d'élaborer l'avant-projet ne comptait que deux représentants des cantons ; la majorité de ses membres était des professeurs de droit et des représentants de la Confédération. Lors de la procédure de consultation, malgré leur adhésion à l'objectif général de « régénération » de l'économie helvétique, une forte minorité des cantons resta très réticente à l'idée d'une loi fédérale, considérée comme s'immisçant de manière plus que nécessaire dans leurs compétences réglementaires, et émit en outre des réserves quant à l'inclusion des marchés publics cantonaux dans la loi. La Conférence des gouvernements cantonaux demanda même un avis de droit supplémentaire quant à la constitutionnalité de la nouvelle loi³¹.

Aux vues de ces résistances, des consultations supplémentaires ont été menées auprès des cantons. Ceux-ci purent obtenir certaines concessions. Tout d'abord, pour répondre aux inquiétudes sur l'avenir des efforts de libéralisation opérés par les cantons, une clause de subsidiarité fait primer sur la LMI, dans les domaines des marchés publics et de la reconnaissance des certificats de capacité, les accords intercantonaux conformes aux exigences minimales de la loi. Par ailleurs, on a supprimé du projet la mention explicite des valeurs-seuils du GATT en matière de publication. D'autres modifications, comme l'exclusion du champ d'application de la LMI des marchés publics de la Confédération et des métiers de l'administration et de l'enseignement public, sont à mettre au nombre des modifications (Conseil fédéral 1995 : 1229-1236). Aucun de ces changements ne remet toutefois en cause l'ouverture des marchés cantonaux et communaux aux offreurs externes.

Au cours des débats à l'Assemblée fédérale, les oppositions fédéralistes surgirent à nouveau, principalement au sujet de l'inclusion des marchés publics cantonaux dans la loi (Häusermann 2003 : 33-35). La proposition de refus d'entrée en matière défendue par une minorité bourgeoise du Conseil national en est l'exemple très clair. Pour eux, les concordats passés par les cantons sont suffisants pour ce qui touche aux domaines d'application de la loi, à savoir les marchés publics et la reconnaissance des certificats de capacité, et rendent ainsi la loi inutile. Pour les partisans de l'entrée

³¹ Neuf cantons (ZH, BE, BS, BL, SH, AR, SG, GR, AG) refusent la LMI au nom de la souveraineté cantonale. Sept cantons (LU, OW, ZG, SO, AI, VD, JU) acceptent l'avant-projet mais émettent des réserves concernant la reconnaissance des certificats de capacité et l'inclusion des marchés publics cantonaux. Enfin dix cantons (UR, SZ, NW, GL, FR, TG, TI, VS, NE, GE) approuvent la loi dans son ensemble. Par ailleurs, lorsque des réserves ont été émises par les organisations économiques et syndicales, elles concernaient presque toujours l'inclusion des marchés publics dans la loi (Conseil fédéral 1995 : 1228). L'avis de droit complémentaire demandé par les représentants des cantons au professeur Schweizer conclut à la constitutionnalité de l'avant-projet, bien qu'il exprime des réserves sur la réglementation des marchés publics cantonaux et des certificats de capacité (Conseil fédéral 1995 : 1230).

en matière, les conventions intercantionales restent au contraire limitées puisqu'elles ne sont applicables « que dans les cantons et non dans les communes et au-dessus des seuils du GATT » (BO, CE, 1995 : 872-873). Quoi qu'il en soit, les modifications apportées durant la phase parlementaire ne remettent, une fois encore, pas en cause le potentiel d'ouverture de la LMI. En effet, les principales modifications sont la suppression d'une disposition relative à la promotion intercantonale qui attribue à la Confédération des compétences dans ce domaine et l'introduction de l'obligation pour les cantons de prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration³². Une majorité parlementaire composée de la gauche et de larges pans des partis bourgeois adopte la LMI le 6 octobre 1995.

Par conséquent, le projet initial de la LMI est maintenu dans sa substance malgré les modifications dues aux oppositions fédéralistes. La mise en œuvre de la LMI repose alors sur l'idée que les cantons et les communes, incités par les recours déposés par les personnes lésées, seront conduits à mettre progressivement leurs réglementations en conformité avec la législation sur le marché intérieur. Ce choix concrétise ainsi la décision de ne pas passer par une harmonisation des différentes pratiques cantonales. Mais il fait simultanément des instances judiciaires, spécialement du Tribunal fédéral, les acteurs décisifs du succès (ou de l'échec) de la loi. De cette manière le droit va occuper une position capitale dans la réalisation du marché intérieur.

2.3 Lacunes de la loi et problèmes suite à la mise en œuvre

Au milieu des années 1990, la Suisse adopta la loi sur le marché intérieur dans le but de combler les disparités entre le fonctionnement de son économie interne et les transformations intervenues au niveau international. L'approfondissement de l'intégration économique européenne joua en l'occurrence un rôle de stimulateur de réformes puissant. Ce n'est donc pas un hasard si la LMI transpose au cadre suisse le principe de la reconnaissance mutuelle. Cette loi applique de cette manière parfaitement la dynamique qui a prévalu dans l'Union européenne où la mise en œuvre du marché intérieur reposait *in fine* sur les recours des particuliers (Stone Sweet 2000). Mais ce qui fonctionna dans l'Union ne se reproduisit pas en Suisse. Quelques années après l'entrée en vigueur de la LMI, on constate que peu de progrès ont été réalisés en matière de libre accès au marché et, qu'en fin de compte, l'espace économique suisse reste très segmenté. Les obstacles sont tels que le Conseil fédéral a fait paraître fin novembre 2004 son Message relatif à la révision de la loi.

³² Un amendement qui visait à ce que les prescriptions en matière de protection du travail du lieu de destination soient respectées lors de l'accès au marché, d'abord accepté au Conseil national, est rejeté par le Conseil des Etats, pour qui l'article 3 LMI prévient suffisamment ce risque. Le Conseil national se rallie par la suite à la position des sénateurs (BO, CN, 1995 : 1156-1158, 2052-2054 et BO, CE, 1995 : 931-934).

Selon le rapport explicatif du Département fédéral de l'économie (2004 : 2), « Force est de constater qu'il y a un fossé entre les objectifs et les effets réels de la LMI ». Les secteurs professionnels qui étaient affectés négativement par les réglementations cantonales et communales dans l'accès au marché n'ont pas vu, hormis la profession d'avocat, de véritable transformation de leur situation³³. De ce point de vue, l'ouverture espérée du marché suisse ne s'est pas concrétisée. En 2000, le rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) décrivait la situation sur le marché intérieur suisse comme suit. Les professions médicales libérales et la profession d'avocat ont pu bénéficier d'un impact positif de la loi. Les changements positifs relatifs à la profession d'avocat proviennent du dépôt de trois recours³⁴ devant le Tribunal fédéral au cours desquels les juges fédéraux ont donné raison aux recourants. Cela dit, l'OPCA (2000 : 4) remarque que « dans ces deux professions, les barrières éliminées constituaient des obstacles plutôt insignifiants ». La LMI a eu un effet limité sur les professions paramédicales, d'opticien, de cafetier-restaurateurs et de courtier en immeubles. Elle concerne surtout la reconnaissance des diplômes. Il peut par contre subsister des problèmes dans l'octroi d'autorisations. Enfin, la LMI n'a quasiment pas eu d'effet sur les professions d'installateur sanitaire, de taxi, sur les professions itinérantes et sur les professions dans le domaine des thérapies naturelles. Différents obstacles entravent toujours la mobilité professionnelle et la concurrence. L'absence de recours interjetés est l'une des causes de cet échec. Le rapport dit qu'aucun « Installateur sanitaire, représentant d'une profession itinérante ou entreprise de taxi, [...], n'a, à notre connaissance, encore emprunté les voies de droit prévues par la LMI » (OPCA 2000 : 6)³⁵. Ce constat est encore valable cinq ans plus tard. Dans cette catégorie de professions, seule une personne pratiquant les thérapies naturelles a recouru devant le Tribunal fédéral mais sa requête a été rejetée³⁶. Depuis cette étude, aucun changement majeur n'a pu conduire à revoir les conclusions de ce rapport.

³³ L'OPCA (2000) a étudié la situation de huit professions qui correspondent aux domaines de l'économie suisse jugés les plus problématiques avant l'adoption de la LMI selon un rapport de l'Office fédéral des questions conjoncturelles. Ce sont : les professions médicales dont les professions médicales libérales, les professions paramédicales et les professions dans le domaine des thérapies naturelles, la profession d'avocat, la profession d'installateur sanitaire, la profession d'opticien, la profession de taxi, la branche des cafetier-restaurateurs, les professions itinérantes et la profession de courtier en immeubles. On remarquera que ces professions s'orientent toutes sur le marché intérieur et sont largement soustraites à la concurrence internationale.

³⁴ ATF 123 I 313, ATF 125 II 56 et ATF 125 II 406. Ces arrêts maintiennent l'existence de procédures formelles d'autorisation à l'égard des avocats extérieurs mais exigent simultanément que ces procédures soient « gratuite, simple et rapide » (ATF 125 II 56). L'ATF 125 II 406 prévoit en outre que les frais de procédure sont à la charge du canton, et non du requérant.

³⁵ Or, dans bien des cas, les prescriptions qui entourent ces professions ne sont pas conformes aux exigences de la LMI. Sans recours juridiques toutefois, les cantons peuvent maintenir ces réglementations. Pour se faire une idée du maintien, malgré la LMI, des restrictions cantonales à la libre circulation professionnelle, on peut se reporter à l'ouvrage de Dreyer et Dubey (2003 : 182-196).

³⁶ Voir ATF 125 I 322. Nous avons trouvé un autre cas concernant les thérapies naturelles dans l'ATF 125 I 335 mais qui s'appuie sur la liberté de commerce et de l'industrie et pas sur la LMI. Ces arrêts seront analysés plus tard.

Ce rapport de l'OPCA se concentre sur la libre circulation des services et des personnes mais ne dit rien, par exemple, sur les effets de la LMI sur les marchés publics. Dans ce domaine, l'application des prescriptions de la LMI (art. 5) est limitée aux soumissions cantonales ou communales³⁷. Dans un second rapport, l'OPCA (2002 : 10) relève que « La LMI a [...] mieux développé son potentiel dans le domaine des marchés publics que dans celui de la libre circulation des personnes et des services ». Elle joue le rôle intégrateur qu'on lui avait attribué et ses exigences ont été reprises dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics. Quoi qu'il en soit, cet aspect positif ne peut remettre en question le constat d'échec. En plus des blocages constatés dans la libre circulation des personnes et des services, il faut également souligner que l'harmonisation des législations cantonales avec la LMI par le biais d'adaptation autonome ou de solution concordataire n'a pas eu lieu. Cela tient à la fois au manque de recours interjetés et à la jurisprudence du Tribunal fédéral mais aussi, dans une certaine mesure, à la position des cantons par rapport à cette loi. Comme on l'a vu, ces derniers jugeaient la LMI superflue et portant atteinte à leur souveraineté. Il est donc évident qu'ils n'allaient pas s'empressement de concrétiser les exigences posées par la loi. Bref, d'une manière générale, la LMI n'a pas réussi à créer un marché intérieur effectif en Suisse.

Comme nous l'avons dit, le succès (ou l'échec) de la LMI repose entièrement sur les instances judiciaires, et particulièrement sur le Tribunal fédéral. C'est essentiellement en fonction de sa jurisprudence que les cantons sont amenés à adapter leurs réglementations à la législation sur le marché intérieur. Ce sont également les décisions du Tribunal fédéral, en réponse aux recours déposés par les particuliers, qui réalisent concrètement la liberté d'accès au marché pour les différentes professions. Or, d'un point de vue juridique, la problématique du marché intérieur s'inscrit dans le champ de deux principes qui s'opposent: la liberté du commerce et de l'industrie et le fédéralisme.

L'adoption de la LMI avait pour objectif de renforcer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie sur le principe du fédéralisme qui avait été jusqu'alors privilégié dans la pratique jurisprudentielle du Tribunal fédéral. Cependant, en agissant de la sorte, le législateur fédéral ne décidait pas clairement ce qui, entre la réalisation du marché intérieur et le fédéralisme, devait avoir la primauté. Il laissait en fait « à d'autres – à savoir aux juges – le soin de trancher la difficile question de l'équilibre entre le fédéralisme et la liberté économique » (Auer et Martenet 2004a : 307). Ce (non)choix est intrinsèquement lié à la volonté de ne pas passer par la voie d'une harmonisation fédérale. Dans le cas contraire, on aurait clairement fait primer la réalisation du marché intérieur sur le principe fédéraliste de la souveraineté cantonale. Mais ce ne fut pas le cas. Par conséquent, la LMI contient des dispositions qui vont dans le sens d'un renforcement de la liberté économique : ce sont l'article 2,

³⁷ Pour autant que l'Accord intercantonal sur les marchés publics ne s'applique pas.

qui fixe les principes régissant la liberté d'accès au marché, et l'article 4, qui doit permettre la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux au niveau suisse. Mais la LMI ménage également le fédéralisme, principalement au moyen de l'article 3 qui admet des restrictions à la liberté d'accès au marché. Le Tribunal fédéral garde ainsi la possibilité de favoriser la dimension fédéraliste dans l'interprétation de ces dispositions. Cette situation conduit ainsi à laisser aux tribunaux le soin de prendre des décisions de politique économique qui sont essentielles.

Différents facteurs sont avancés pour expliquer l'échec de la LMI (Commission de gestion du Conseil national 2000 ; OPCA 2000 ; Seco 2002 ; Département fédéral de l'économie 2004). Dans cette affaire, la jurisprudence du Tribunal fédéral a une responsabilité centrale. Sous bien des aspects, elle continue d'avantager le fédéralisme sur la réalisation du marché intérieur. Trois points sont à relever dans cette perspective. En premier lieu, l'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la loi a pour conséquence directe de limiter le principe de la liberté d'accès au marché de l'article 2 LMI aux seules personnes qui peuvent exercer leurs activités depuis le canton de provenance. Lorsqu'une activité requiert un établissement fixe dans le canton de destination, le Tribunal fédéral a jugé qu'il s'agissait d'une affaire interne au canton et qu'ainsi la législation cantonale devait s'appliquer et non la LMI. On évacue de cette manière la question de la circulation intercantonale des services. Cette interprétation rend la loi inefficace précisément là où elle serait la plus nécessaire. Des professions réglementées comme les naturopathes, les cafetier-restaurateurs ou les opticiens doivent, du fait de la nature même de leur activité commerciale, ouvrir un cabinet ou posséder des locaux ; en somme, s'établir professionnellement dans le canton de destination. Par là-même, ces activités sont exclues de la liberté d'accès au marché. Or c'est dans ces catégories professionnelles que le marché est le plus segmenté.

Deuxièmement, seuls les certificats de capacités suisses peuvent bénéficier d'une reconnaissance automatique des diplômes selon la jurisprudence du juge fédéral. Sur cette question, l'interprétation du Tribunal fédéral s'est montrée en l'occurrence plus restrictive que la jurisprudence cantonale³⁸. Un diplôme étranger déjà validé par un canton ne doit donc pas être nécessairement reconnu par un canton tiers. Dès lors, la mobilité professionnelle des personnes, même de nationalité suisse ou devenues résidentes, titulaires de diplômes étrangers n'est pas garantie. Troisièmement, les restrictions de l'article 3 LMI à la liberté d'accès au marché trouvent un écho supplémentaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui conduit de fait à

³⁸ Le Seco (2002 : 18) note dans son rapport sur les professions réglementées en Suisse que « le Tribunal administratif de Zurich a reconnu à trois reprises un diplôme étranger préalablement reconnu par un autre canton, comme certificat cantonal en vertu de l'art. 4 LMI. Cette décision a été déboutée par le Tribunal fédéral en dernière instance (cf. rapport OPCA pour plus de détails). Par la suite, les cantons étaient beaucoup moins incités à adapter leur législation en faveur d'un marché intérieur plus perméable ».

préserver la souveraineté cantonale. En effet, le Tribunal fédéral n'a souvent permis le libre accès au marché que si les cantons de provenance et de destination présentaient des niveaux de protection identiques, accordant par là plus de poids au respect du principe de l'égalité de traitement qu'à celui de la proportionnalité de la mesure. Cela a eu pour effet que la présomption d'équivalence des prescriptions cantonales ne s'est pour ainsi dire pas réalisée. Comme le dit le rapport du Département fédéral de l'économie (2004 : 4), « C'est d'autant moins satisfaisant que l'on peut admettre que le besoin de protection de la population, pris objectivement, ne diffère guère d'un canton à l'autre ».

Enfin, nous rappelons que le droit de recours n'a pas exercé son rôle dans la concrétisation de la loi. Cela tient à la fois à la retenue des particuliers et aux capacités limitées de la Comco. Il est vrai que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne pousse pas particulièrement les individus à l'action. Dès lors, la question du libre accès au marché n'a pu être abordée que de façon fragmentée, selon une stratégie peu cohérente et à des rythmes variés selon les professions. Cette inefficacité induite par la jurisprudence n'incite par conséquent pas les cantons à revoir leur législation en fonction de la LMI, pas plus qu'à tenir compte des recommandations de la Comco.

En somme, c'est tout le mécanisme de la loi qui est remis en cause avec pour conséquences la perpétuation des barrières à la mobilité professionnelle et la segmentation du marché intérieur suisse. Pire encore, la jurisprudence conduit à « des inégalités considérables entre les différentes activités et professions qui peuvent s'en [de la LMI] prévaloir, des inégalités qui étaient inconnues auparavant » (Auer et Martenet 2004a : 307). De plus, comme le remarque Zogg (2001), nous sommes en présence aujourd'hui d'une situation paradoxale qui veut que, pour combler les lacunes de la LMI, l'on passe parfois par une harmonisation au niveau fédéral de professions réglementées au niveau cantonal. Ce fut le cas notamment avec la loi fédérale sur la libre circulation des avocats et la loi fédérale sur le commerce itinérant. Ces multiples revers ont conduit les autorités fédérales à entreprendre la révision de la LMI. Au moment d'achever ce travail, le processus de révision est arrivé au stade parlementaire où les députés sont invités à se prononcer sur le projet de loi du Conseil fédéral.

Troisième partie

Le Tribunal fédéral et ses relations avec le marché intérieur : les échecs de la LMI

Nous avons vu dans la partie précédente que le Tribunal fédéral occupe, à l'instar de la CJE en Europe, une position capitale dans le processus d'intégration économique. Non seulement sa jurisprudence précise et complète les dispositions générales de la législation cadre de la LMI, arbitrant ainsi entre les principes opposés qui la composent, mais elle exerce également une forte influence sur la volonté des particuliers à entreprendre des actions en justice de même que sur la propension des cantons à harmoniser leurs réglementations en matière de police du commerce. Or, nous avons vu que sur trois aspects essentiels de la LMI la jurisprudence des juges fédéraux ne donne pas pleinement satisfaction au principe du marché intérieur, ce qui a pour conséquence de ne pas permettre à la loi de déployer tous les effets escomptés en matière d'ouverture du marché et de mobilité professionnelle.

Dans cette partie, nous allons observer plus en détail les décisions du Tribunal fédéral en essayant de présenter, à l'aide de quelques cas jurisprudentiels, l'argumentation générale des juges de Mon Repos sur chacun des points problématiques soulevés auparavant. Mais avant de passer à l'analyse concrète de ces décisions, nous allons présenter la place qu'occupe le Tribunal fédéral dans le système politique suisse. Contrairement à ce que pourraient suggérer certaines dispositions légales, le Tribunal fédéral a pu montrer, dans certaines circonstances, qu'il n'était de loin pas un acteur politique faible et passif. Ensuite, avec la même intention d'établir des ponts entre le cas suisse et le cas européen, nous développerons encore certains points en exposant plus spécialement les parallèles possibles entre l'expérience européenne et le cas suisse.

3.1 Le Tribunal fédéral dans le système politique suisse

En vue d'étudier le rôle du Tribunal fédéral dans la construction du marché intérieur, il nous paraît important de présenter la place que peut occuper cet organe dans la vie politique suisse, en nous concentrant particulièrement sur son influence dans la concrétisation des lois voire des politiques publiques. Ce chapitre se focalisera ainsi sur un aspect essentiel de cette question, à savoir le processus de juridicisation en Suisse. Cette notion est souvent utilisée pour décrire le processus par lequel les instances judiciaires étendent leur influence et leurs capacités de décision au détriment des autorités politiques et/ou administratives (Rothmayr 2001). Cependant, il ne faut pas oublier que ce terme revêt, dans la littérature, une grande polysémie qui a probablement pour origine le fait que les définitions proposées découlent directement de la généralisation de conclusions de travaux empiriques

particuliers. Dans ce travail, nous utiliserons cette notion dans le sens mentionné ci-dessus.

Le thème de la juridicisation est habituellement relié à la juridiction constitutionnelle. C'est en effet par son intermédiaire que les tribunaux peuvent le plus souvent exercer une influence sur la vie politique. Pour cette raison, nous évoquerons quelques éléments de la juridiction constitutionnelle en Suisse. Nous nous baserons alors sur les travaux d'Auer et de Rothmayr (Auer 1983 ; Rothmayr 2001). Cela étant, rien n'interdit, à notre sens, que le Tribunal fédéral puisse exercer une influence sur la vie politique ailleurs que dans le cadre restreint de la juridiction constitutionnelle.

En Suisse, la juridiction constitutionnelle se caractérise par une complexité prodigieuse³⁹. Il faut tenir compte de la superposition des ordres juridiques fédéral et cantonal, de la diversité des instances judiciaires habilitées à exercer la juridiction constitutionnelle mais aussi de la multiplicité des voies de droit par lesquelles s'exerce cette juridiction (Auer 1983). Malgré cela, l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales est certainement la caractéristique principale de la juridiction constitutionnelle suisse. L'article 190 de la Constitution⁴⁰ (Cst) exige en effet l'application des lois fédérales de la part de toutes les autorités, interdisant de fait leur annulation. A côté des raisons d'ordre historique ou stratégique, la justification normative de cette limitation repose sur les idées de souveraineté populaire et de suprématie parlementaire (Rothmayr 2001). L'Assemblée fédérale est, seule, garante de la Constitution et s'auto-contrôle dans l'adoption des lois. Par ailleurs, des juges ne doivent pas pouvoir contrôler des lois qui ont obtenu l'accord du peuple suite à un référendum ou une initiative. Cette position privilégie clairement le principe majoritaire sur le principe libéral de la démocratie. Une extension du contrôle constitutionnel au profit du Tribunal fédéral serait alors perçue comme une menace pour la souveraineté populaire et la démocratie directe, et non une garantie des droits du citoyen. Parler de juridiction constitutionnelle peut alors paraître

³⁹ S'agissant du contrôle des normes légales, la juridiction constitutionnelle suisse a pour forme principale un système successif (a posteriori), diffus et concret, bien qu'il existe aussi des modalités de contrôle abstrait. Le contrôle ne peut en effet s'exercer qu'après promulgation de la loi. Par ailleurs, ce contrôle n'est pas exclusivement réservé à un tribunal spécialisé mais peut être pratiqué par l'ensemble des autorités judiciaires. En ce sens, le contrôle est diffus. Enfin, il est exercé le plus souvent à l'occasion d'un litige concret, ce qui est logique dans un système diffus dans la mesure où l'on veut éviter que chaque tribunal se prononce abstraitement sur cette question (Auer 1983 : 13-26).

⁴⁰ Les indications juridiques de cette partie se réfèrent en principe à la nouvelle Constitution de 1999 (RS 101), en l'état du 11 mai 2004. Toutefois, à l'instar de Rothmayr (2001 : 92, note 7), nous anticipons ici l'entrée en vigueur d'une disposition de l'arrêt fédéral relatif à la réforme de la justice, accepté en votation populaire en mars 2000 (RO 2002 : 3148-50). Ce dernier modifie quelque peu la Constitution. L'article 190 de cet arrêté remplace notamment l'article 191Cst et stipule « Ni le Tribunal fédéral ni aucune autre autorité ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale ou le droit international » (RO 2002 : 3149). L'article 191Cst, l'article 190 de l'arrêt fédéral relatif à la réforme de la justice et les articles 113 alinéa 3 et 114bis alinéa 3 de l'ancienne Constitution sont sur cette question tous équivalents.

curieux puisque l'incontrôlabilité des lois fédérales semble réduire ainsi la juridiction constitutionnelle à « l'insignifiance, quand ce ne serait pas même à l'inexistence » (Auer 1983 : 104). A fortiori, que dire dans ces circonstances de l'influence du Tribunal fédéral sur la vie politique suisse et du processus de juridicisation?

Pour Auer, cependant, une juridiction constitutionnelle existe même sans contrôle des lois fédérales, ne serait-ce qu'à travers le contrôle de constitutionnalité des actes cantonaux⁴¹. Quant à l'influence du Tribunal fédéral, il faut rappeler que peu de travaux se sont penchés sur la juridicisation en Suisse. Le travail de Rothmayr (2001) est une exception. Il suggère que la limitation des pouvoirs de contrôle constitutionnel du Tribunal fédéral ne doit pas laisser penser que ce dernier se résumerait à n'être qu'un acteur constamment insignifiant dans la formulation ou la concrétisation des politiques. Au contraire, il peut arriver qu'il joue un rôle politique non négligeable. Pour cela, il ne suffit pas d'envisager que les règles formelles puisque « Within the context of an identical formal jurisdiction, courts can intervene more or less actively and play a more or less important role in policy-formulation and interpretation » (Rothmayr 2001 : 83). L'influence du Tribunal fédéral dans le système politique suisse doit être considérée sous l'angle du contexte institutionnel mais aussi du fonctionnement interne de la Cour, de la jurisprudence et de l'impact de ses décisions sur les autres acteurs politiques suisses.

Les deux premiers aspects – institutions politiques et fonctionnement/composition interne du Tribunal fédéral – supposent une influence modérée du Tribunal fédéral dans la formulation des politiques (policy-making). Quant aux deux autres éléments, ils suggèrent que le Tribunal fédéral peut, dans certains domaines et dans certaines circonstances, avoir un rôle plus important à jouer.

Si le Tribunal fédéral tente de promouvoir une image apolitique de lui-même, se contentant de considérations juridiques, réservant son opinion sur le problème et renvoyant au politique la responsabilité de trouver des solutions, il a pu également agir de manière plus active. Rothmayr (2001 : 85-86) relève trois éléments généraux à propos de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Tout d'abord, le Tribunal fédéral a permis une extension des bases sur lesquelles les particuliers pouvaient légitimement recourir à son jugement. Il a ensuite développé activement plusieurs droits fondamentaux que ne contenait pas l'ancienne Constitution mais qui furent ajoutés lors de la révision constitutionnelle de 1999. Enfin, le Tribunal fédéral a adopté une position novatrice sur l'obligation qui lui est faite d'appliquer les lois fédérales. Dans

⁴¹ On considère habituellement qu'à travers ce contrôle le Tribunal fédéral a pu, peut-être justement parce qu'il évitait plus facilement la critique d'un « gouvernement des juges », faire évoluer la jurisprudence de manière plus créative. Or, il faut bien avoir conscience que les décisions des juges fédéraux, même si elles portent sur des actes cantonaux, lient directement les autorités fédérales qui ne peuvent que difficilement prendre leur contre-pied lorsqu'elles adoptent une nouvelle règle (Auer 1983).

une certaine mesure, il a réinterprété l'exigence de l'article 190 Cst. comme n'interdisant pas de manière exhaustive tout contrôle sur les lois fédérales. Désormais, la Cour se permet de faire savoir quand une loi lui paraît inconstitutionnelle, sans pour autant que cela ne la conduise à ne pas appliquer ladite loi. Il existe pourtant un cas où le Tribunal fédéral est même arrivé à refuser d'appliquer une loi fédérale. Lorsqu'une loi fédérale viole les dispositions ou entre en conflit avec la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Tribunal fédéral a rejeté son application pour autant que le parlement n'ait pas légiféré spécifiquement contre le droit international.

Ces éléments laissent transparaître un Tribunal fédéral qui adopte une posture plus active et entreprenante. Comme l'écrit Auer (1983 : 104), formellement limitée, « la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral se caractérise, matériellement, par une étonnante richesse, par une courageuse approche créatrice ». L'aspect central en est la protection des droits fondamentaux. Par conséquent, ces propos corroborent déjà la possibilité d'une influence non négligeable du Tribunal fédéral dans certains domaines.

L'impact politique des décisions du Tribunal fédéral en matière de droit constitutionnel et administratif reste, le plus souvent, limité et d'ordre incrémental (Rothmayr 2001). Néanmoins, dans certaines circonstances, le Tribunal fédéral a pu influencer clairement le développement de politiques. Le cas de la reproduction assistée en est l'illustration parfaite. Dans cette situation, les juges fédéraux sont intervenus au début du processus d'élaboration d'une loi fédérale. En réponse à une plainte privée, ils jugèrent certaines réglementations cantonales préexistantes contraires au droit à la liberté individuelle. Cette décision modifia profondément le contexte dans lequel allaient se tenir les débats parlementaires puisqu'elle plaidait pour une législation fédérale qui respectait ce droit fondamental. Par ailleurs, son argumentation fut relayée sur la scène publique par différents parlementaires. Ainsi la conjonction de certains facteurs – impulsion depuis le « bas », à partir d'un jugement sur des pratiques cantonales ; intervention en début de processus ; réappropriation et publicisation de l'argumentation – a permis au Tribunal fédéral d'influencer d'une manière extraordinaire le développement de la législation en matière de reproduction assistée.

Selon Rothmayr, ces quelques éléments démontrent que la Suisse ne fait pas exception à la tendance générale de juridicisation qui se dessine en Europe, d'une part, à cause de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'interprétation de l'article 190 Cst et, d'autre part, à cause de la création d'organes judiciaires chargés de contrôler les décisions administratives tant au niveau fédéral que cantonal. Chaque citoyen peut désormais faire appel à une cour indépendante dans l'examen de décisions administratives de sorte que cette fonction se déplace des autorités exécutives et administratives vers les instances judiciaires. Ainsi la juridicisation en

Suisse s'est concrétisée surtout par l'intermédiaire de la juridiction constitutionnelle. Il faut reconnaître cependant que ce processus de juridicisation s'amorce à un niveau moins élevé que dans d'autres pays et qu'il se développe à un rythme moins soutenu que dans l'Union européenne faute d'incitations dues à son appartenance.

Par conséquent, si l'on s'en tient à ce qui est présenté dans l'une des rares études qui a été conduite sur le processus de juridicisation en Suisse, il semble qu'une attitude appropriée par rapport à l'influence du Tribunal fédéral dans le système politique suisse veuille que l'on ne sous-estime pas a priori ses capacités à « marquer de son empreinte » l'orientation d'une loi ou d'une politique. L'absence de contrôle constitutionnel des lois fédérales a pu laisser croire à une faiblesse quasi rédhibitoire du pouvoir judiciaire en Suisse. Il est vrai d'ailleurs, qu'en comparaison internationale, le système judiciaire suisse reste plus en retrait. Mais cette configuration n'a pas empêché le Tribunal fédéral d'influencer, de temps à autre, de manière importante la mise en œuvre d'une loi. A ce sujet, nous pensons que le champ d'influence potentiel du Tribunal fédéral ne se limite absolument pas à la juridiction constitutionnelle. La mise en œuvre d'une loi telle que la LMI, qui repose entièrement sur les voies de droit, offre précisément l'occasion aux juges fédéraux d'exercer à nouveau une influence centrale dans la concrétisation d'une loi. En effet, en tant que dépositaires finaux de l'interprétation à donner aux dispositions de la LMI, ils ont la capacité d'orienter dans un sens ou dans un autre, à travers l'arbitrage opéré entre les principes contradictoires de la loi, la politique sur le marché intérieur.

3.2 Précisions sur le parallèle effectué entre le cas européen et le cas suisse

Dans la continuité de cette mise en parallèle des cas suisse et européen, il est essentiel de dire quelques mots sur les similitudes qui rapprochent l'intégration économique européenne et l'instauration d'un marché intérieur en Suisse. A première vue, on pourrait douter de la pertinence à rapprocher ces deux cas : on peut en effet se demander quels sont les éléments qui relient un Etat fédéral comme la Suisse et une organisation comme l'Europe, qui oscille entre une forme de gouvernement international et supranational, ou quels sont les rapports qui existent entre une loi comme la LMI et un traité international comme le Traité de Rome. Par ailleurs, les cantons ne sont pas comparables aux Etats qui composent l'Union européenne, pas plus que le Tribunal fédéral n'est l'équivalent de la CJE.

Cependant, dans le cas bien précis de la construction du marché intérieur, des similitudes certaines traversent les situations européenne et suisse. Tout au long de notre travail, nous avons essayé de justifier les rapprochements effectués entre le cas européen et le cas suisse. Nous avons ainsi déjà pu souligner que les autorités suisses et les autorités européennes étaient confrontées, dans leur volonté d'unifier leur espace économique respectif, à des difficultés qui se rejoignent très clairement. En effet, à chaque fois il s'agit de concilier la réalisation du marché intérieur et la souveraineté des entités qui les composent. En ce sens, même si les cantons ne

sauraient être comparés aux Etats membres, tous entravent la réalisation du marché intérieur par leurs réglementations et deviennent ainsi les cibles de l'action politique des autorités supérieures.

Deuxièmement, nous avons également vu qu'une voie alternative à l'harmonisation centralisée des législations a été choisie. Si cela n'avait pas été le cas, le processus d'unification de l'espace économique considéré aurait été, en raison des contraintes institutionnelles relatives à l'existence, en Suisse, du référendum obligatoire et facultatif et, en Europe, de la nécessité d'une décision à l'unanimité, fortement ralenti et fragilisé voire même tout simplement bloqué. Dans les deux cas, la réalisation du marché intérieur repose largement sur l'application du principe de la reconnaissance mutuelle. De cette manière, en définissant des principes censés gérer la liberté d'accès au marché, la logique d'intégration économique repose aussi bien en Europe qu'en Suisse sur les recours déposés par des individus s'estimant lésés dans leur droit à l'accès au marché. Par conséquent, les instances judiciaires, et spécialement les Hautes Cours, seront à chaque fois les acteurs décisifs du processus d'intégration économique, dans le sens où ce sont elles qui détiennent le pouvoir d'ouvrir ou non les marchés. Dès lors, sur ce point précis, le Tribunal fédéral et la CJE occupent une position similaire et tout à fait comparable. Sur tous ces points, nous nous sommes déjà prononcés et il est évident que les deux situations, européenne et suisse, peuvent être rapprochées.

Il est vrai cependant qu'il existe une différence qui peut prêter à confusion si l'on ne s'y arrête pas quelques instants. En Europe, le principe de la reconnaissance mutuelle découle du Traité de Rome. Il résulte de l'interprétation de la CJE des articles 30-36 du Traité. C'est donc à ce moment que les instances judiciaires européennes favorisent, pour la première fois, le principe du marché intérieur. De son côté, la Suisse a repris ce principe européen et l'a adapté à son cadre juridique en l'inscrivant dans une loi. Il n'y a donc pour l'instant aucune intervention des organes judiciaires suisses. Mais la reconnaissance mutuelle, même si elle privilégie le principe de la concurrence, ménage toutefois le principe de la souveraineté. C'est une solution qui ne tranche pas clairement entre ces deux principes mais qui favorise un aspect de la problématique. C'est dans cette seconde phase que les instances judiciaires suisses (comme, à nouveau, celles européennes) ont un rôle à jouer. Comme la liberté d'accès au marché est seulement présumée par la reconnaissance mutuelle, les tribunaux auront la tâche de déterminer dans quels cas concrets, sous quelles conditions et dans quelles proportions le principe de la reconnaissance mutuelle pourra s'appliquer. La différence réside en cela : les instances judiciaires suisses et le Tribunal fédéral n'interviennent que dans cette seconde phase tandis que la CJE a dû auparavant, en plus de la « constitutionnalisation » du Traité, « créer » en quelque sorte le principe de la reconnaissance mutuelle.

Si le principe de la reconnaissance mutuelle est inscrit en Suisse dans une loi et qu'en Europe il émane du Traité de Rome, cette différence n'est pas aussi importante qu'elle peut le paraître du point de vue de la possibilité d'effectuer une comparaison entre les cas suisse et européen. Dans les deux situations, nous avons affaire à une législation cadre. Comme on le sait, la LMI est une loi-cadre, c'est-à-dire « un acte législatif qui contient essentiellement des règles générales et des principes » (Commission de gestion du Conseil national 2000 : 5609). Par ailleurs, on a pu également définir le Traité de Rome comme « un traité-cadre » qui « énonce de façon générale un certain nombre d'objectifs et met en place un cadre institutionnel dans lequel devront être mises en place les politiques destinées à les atteindre » (Dehousse 1997 : 66-67). Cette forme de législation a pour trait dominant de placer l'interprétation juridique au cœur de la phase d'application et de concrétisation de la règle de droit. Dans cette perspective, la CJE et le Tribunal fédéral doivent faire face à une situation très similaire. C'est à ces organes que revient le rôle de déterminer la portée et le sens des dispositions liées au marché intérieur. En ce sens, ils acquièrent une fonction capitale dans le processus d'intégration économique. En revanche, les juges suisses ont l'obligation de respecter dans leur interprétation du principe de la reconnaissance mutuelle les dispositions supérieures, à savoir celles de la Constitution fédérale, ce que de leur côté les juges communautaires n'ont pas à faire puisque le Traité de Rome a un rang constitutionnel⁴².

A ces éléments s'ajoutent encore les parallèles qui existent entre la Suisse et l'Europe quant à la concrétisation du principe de marché intérieur. Dans les deux situations, cette mise en œuvre se fonde sur les recours en justice des particuliers. L'interprétation du Traité de Rome par la CJE a conféré, par l'intermédiaire des doctrines de l'effet direct et de la primauté, des droits justiciables aux particuliers. Le marché intérieur européen a vu le jour sous l'effet combiné du dépôt de ces recours et des décisions favorables de la CJE⁴³. Après les arrêts *Dassonville* et « *Cassis-de-Dijon* », les réglementations nationales non conformes à la jurisprudence de la CJE se sont retrouvées dans « l'ombre de la loi » et progressivement renversées. La Suisse a repris à son compte cette dynamique de mise en œuvre. En conférant directement par la LMI des droits aux particuliers, le Conseil fédéral voulait inciter les cantons à adapter leurs réglementations à la législation sur le marché intérieur. Il

⁴² Les différences d'interprétation entre le Tribunal fédéral et la CJE ne peuvent être imputées toutefois à la Constitution fédérale pour la simple et bonne raison que les juges de *Mon Repos* ne s'y sont pas explicitement référés pour interpréter la LMI. Ils ne font que mentionner parfois certains articles (Tribunal fédéral 1999b, ATF 125 I 276 : cons. 4b et cons. 5c; Tribunal fédéral 2000a, ATF 125 I 322 : cons. 2b ; Tribunal fédéral 2000c, ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999 : cons. 3a et 4e).

⁴³ En fait, rappelons-le, dans le mécanisme du renvoi préjudiciel, ce ne sont pas les particuliers qui s'adressent directement à la juridiction de la Cour de Luxembourg. Selon l'article 177 du Traité de Rome, les cours nationales qui sont confrontées dans une affaire à une question de droit communautaire peuvent interroger la Cour européenne quant à l'interprétation correcte à adopter. Ce sont donc les juges qui font appel à la Cour. Cela ne change toutefois pas qu'il faille à l'origine une plainte d'une personne ou d'une entreprise pour amorcer le mécanisme.

privilégia une solution douce. Mais c'était sans compter avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a considérablement réduit la portée de la LMI. Sur ce point, la CJE qui, confrontée, elle aussi, à la même tension marché intérieur/souveraineté, est parvenue à une conclusion diamétralement opposée qui contraste parfaitement la position du Tribunal fédéral.

En conclusion, nous pouvons distinguer deux temps dans la prise de position par rapport au principe à favoriser dans la problématique de la construction du marché intérieur. En ce qui concerne l'Union européenne, la CJE a dû, dans une première phase, poser les bases légales de l'instauration du principe de la reconnaissance mutuelle en se référant aux dispositions du Traité. Ce faisant, elle opérait déjà par son interprétation un choix en faveur du principe du marché intérieur. Cette phase, le Tribunal fédéral ne l'a pas connue. Dans le contexte suisse, l'adoption de la LMI a pu bénéficier de l'expérience européenne et prévoyait ainsi déjà la reconnaissance mutuelle. Dans un deuxième temps, il a fallu par contre confronter à la réalité empirique ce principe qui ne tranche pas définitivement entre les deux pôles qui sous-tendent l'instauration d'un marché intérieur. A nouveau, la Cour de Luxembourg saisit l'occasion de privilégier l'aspect unificateur du marché intérieur. Le Tribunal fédéral n'a pas eu de son côté la même interprétation. Alors, bien sûr, si l'on pense à tout le travail de « constitutionnalisation » effectué par la CJE, son action globale est, de ce point de vue, sans commune mesure avec celle du Tribunal fédéral. Cependant, ce n'est pas de cela dont nous parlons ici. Dans la problématique restreinte du marché intérieur, les deux Cours ont à répondre à des situations relativement similaires et occupent toutes les deux une position capitale dans la dynamique d'intégration économique.

3.3 Le rôle du Tribunal fédéral dans la construction du marché intérieur : une interprétation fédéraliste de la LMI

On a vu, dans la deuxième partie, quels étaient les principes qui prévalaient dans la LMI et comment le législateur fédéral entendait créer une dynamique d'intégration économique à partir de l'application de cette loi. On se souvient également du rôle capital que doit jouer le Tribunal fédéral dans la concrétisation des objectifs de la LMI. Qu'il adopte une interprétation trop restrictive, et c'est tout le processus que veut induire la loi qui est remis en cause. Or on sait également qu'en tant que loi-cadre, la LMI présente des dispositions plus floues que celles que l'on peut trouver dans une loi fédérale classique. De plus, elle n'implique aucun changement matériel dans les législations cantonales. A maintes reprises, le Tribunal fédéral devra, de manière plus évidente encore qu'à l'ordinaire, préciser le sens et la portée des dispositions de la loi. Surtout, il aura l'obligation de trancher, dans les cas qui lui seront soumis, entre le principe fédéraliste de la souveraineté cantonale et le principe centralisateur de la liberté économique, deux principes au cœur de la LMI.

Ce chapitre présente les éléments des principaux arrêts du Tribunal fédéral rendus en réponse à des recours déposés par des particuliers. Quelques aspects critiques basés essentiellement sur les commentaires donnés par Dreyer et Dubey (2003) ainsi que sur ceux de Auer et Martenet (2004a) seront également avancés. Ecartant une présentation exhaustive des différents arrêts⁴⁴, nous les avons classés, dans le but de conserver une vision d'ensemble de l'argumentation des juges fédéraux, selon les trois grands problèmes engendrés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir les décisions traitant de l'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI, les décisions traitant des restrictions à l'accès au marché prévues à l'article 3 LMI et les décisions traitant de la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus sur le plan cantonal. De cette manière, en nous concentrant sur les arrêts les plus importants par rapport à notre problématique, nous serons à même d'exposer aussi largement que possible l'argumentation privilégiant la dimension fédéraliste de la LMI des juges de Mon Repos. Par rapport aux cinq « thèmes » relevés par Dreyer et Dubey (2003 : 110)⁴⁵, nous laisserons de côté les arrêts relatifs aux procédures formelles d'admission des avocats parce qu'ils vont *grosso modo* dans le sens d'une ouverture du marché intérieur et qu'ils concernent des barrières relativement négligeables à l'accès au marché. De plus, l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats a réglé cette question. Quant à la question des professions reconnues uniquement dans certains cantons ou selon un degré d'exigence différent entre cantons (cantons restrictifs et cantons libéraux), nous la traiterons en commun avec les décisions portant sur les restrictions à l'accès au marché car ces deux aspects sont liés. Par ailleurs, la plupart des documents adoptent cette opinion (Auer et Martenet 2004a : 299-305 ; Département fédéral de l'économie 2004 : 4 et OPCA 2000 : 8-9).

Avant de passer à l'analyse, nous résumons en quelques mots dans le tableau suivant les faits des arrêts que nous allons étudier :

⁴⁴ Pour une telle présentation, voir Dreyer et Dubey 2003 : 109-124.

⁴⁵ Ces cinq thèmes sont : le maintien des procédures cantonales d'autorisation au sens formel, l'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la loi, les restrictions à l'accès au marché de l'article 3 LMI, la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux et les différences cantonales dans l'autorisation de certaines activités professionnelles.

ATF	Faits
ATF 125 I 267	<p>Le requérant est titulaire d'un diplôme allemand de médecin-dentiste et dispose d'une autorisation de pratiquer délivrée par le canton de Saint-Gall. En 1992, il obtient l'autorisation d'exercer en tant qu'assistant dans le canton des Grisons. En 1997, il demande à ce même canton l'autorisation d'exercer en tant qu'indépendant. Il fait valoir à cette fin que plusieurs cantons ont reconnu le diplôme allemand comme équivalent au diplôme suisse. Mais pour le tribunal administratif grison comme pour Tribunal fédéral, le requérant ne peut s'appuyer sur l'article 4 LMI au motif que ce diplôme a été obtenu à l'étranger.</p>
ATF 125 I 276	<p>Le requérant a obtenu en 1981 un certificat de capacité zurichois de mécanicien-dentiste et exerce depuis cette activité dans ce canton. En 1997, il demande aux autorités grisonnes l'autorisation d'exercer cette profession à titre indépendant. Sa demande est refusée parce que la législation grisonne réserve l'exercice de cette profession à titre indépendant aux médecins-dentistes. Le tribunal administratif grison comme le Tribunal fédéral estiment que cette interdiction remplit les conditions de l'article 3 LMI.</p>
ATF 125 I 322	<p>Le requérant demande, après avoir réussi l'examen cantonal de guérisseur d'Appenzell Rhodes-Extérieures, l'autorisation au canton de Zurich d'exercer la profession de naturopathe. Dans ce canton, cette activité n'est pas reconnue en tant que telle. Au-delà de certaines activités permises, une autorisation est toutefois nécessaire mais n'est accordée qu'à des médecins. Or l'autorisation obtenue par le requérant n'est pas jugée équivalente à cette formation par les autorités zurichoises. Le Tribunal fédéral leur donne raison en s'appuyant sur l'art. 3 LMI.</p>
ATF 125 I 335	<p>La requérante, titulaire de plusieurs diplômes américains en acupuncture, est autorisée à exercer à titre indépendant cette profession dans le canton des Grisons. Cependant elle n'est pas au bénéfice d'une formation en médecine. En 1996, elle demande au canton de Zurich l'autorisation d'exercer cette activité. Or ce canton ne reconnaît pas formellement l'exercice de cette activité et le soumet à la possession d'un diplôme de médecin. Par conséquent, sa requête est refusée par les autorités zurichoises. En se fondant sur la LCI, la requérante obtient cependant gain de cause devant le Tribunal fédéral.</p>
ATF 125 I 2P362/1998	<p>Le requérant, restaurateur dans le canton de Soleure, demande l'autorisation d'exercer cette activité à Bâle-Campagne. Or, comme le canton de Soleure n'exige aucun diplôme, le requérant ne peut fournir le certificat demandé par les autorités du lieu de destination. Sa requête est donc refusée à juste titre selon le Tribunal fédéral.</p>

3.3.1 L'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI

L'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI est sans nul doute l'un des problèmes majeurs de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a considéré que les principes régissant le libre accès au marché inscrits aux articles 2 et 3 LMI sont valables uniquement pour la libre circulation des marchandises, des services et des prestations de travail. Dans ces situations s'appliquent alors les prescriptions en vigueur au lieu de provenance de l'offreur pour l'accès au marché (principe du lieu de provenance). Par contre, la liberté d'établissement (professionnel) se trouve exclue du champ d'application de ce principe. L'argumentation qui ressort des arrêts du Tribunal fédéral⁴⁶ soutient à juste titre que « la loi sur le marché intérieur règle le statut juridique des offreurs venant de l'extérieur dans les rapports intercantonaux, respectivement intercommunaux, non pas celui des personnes établies » (Tribunal fédéral 2000a : 52, ATF 125 I 322). Comme le remarquent justement Dreyer et Dubey (2003 : 113), par personnes établies, il faut entendre ici, dans le cadre de rapports intercantonaux, celles qui n'ont pas fait valoir leur droit à la libre circulation. Mais le Tribunal fédéral conclut que, même dans le cadre d'une circulation intercantonale, « Celui qui souhaite s'établir dans un canton doit se conformer au droit qui s'y applique et ne peut pas se fonder sur le fait que d'autres règles s'appliquent dans un autre canton » (Tribunal fédéral 2000a : 52, ATF 125 I 322, cons. 2b ; Tribunal fédéral 1999b, ATF 125 I 276, cons. 4b) et que « l'art. 2 LMI ne trouve donc aucune application dans le cas des normes cantonales qui réglementent l'activité des personnes établies » (Tribunal fédéral 1999a : 495, ATF 125 I 267, cons. 3b). Le droit communautaire viendrait en outre appuyer son interprétation dans la mesure où le principe du « Cassis-de-Dijon », qui sert de modèle à la LMI, ne serait valable que pour la libre circulation des marchandises et des services, et non pour la liberté d'établissement (Tribunal fédéral 2000a : 52-53, ATF 125 I 322, cons. 2c). En somme, dès qu'il faut s'établir dans un canton pour exercer une activité, il ne s'agit plus d'une question de libre circulation intercantonale mais d'une problématique interne au canton.

Or pour plusieurs professions – opticien, acupuncteur, naturopathe, kinésithérapeute, ostéopathe, prothésiste dentaire, cafetier-restaurateur, hôtelier, notaire indépendant –, l'établissement professionnel est une condition sine qua non dans l'exercice d'une activité hors du canton de provenance ; la libre prestation des services ne suffisant pas. Le Message du Conseil fédéral relatif à la LMI a souligné le lien qui réunit la réalisation effective d'un marché intérieur unifié à la liberté d'établissement. Il y est notamment affirmé qu'« un marché intérieur suppose la liberté d'établissement et la liberté de choisir son emploi » (Conseil fédéral 1995 : 1206). Ailleurs, il affirme encore que « Les entraves à la concurrence [...] portent atteinte aux droits individuels découlant de la LCI (art 31 cst.), en

⁴⁶ ATF 125 I 267, résumé in SJ 1999 I 493, cons. 3b ; ATF 125 I 276, cons. 4b ; ATF 125 I 322, SJ 2000 I 49, cons. 2b-c ; ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999, SJ 2000 I 177, cons. 4e.

particulier au droit de choisir sa profession et à la liberté de l'exercer [...] [et] restreignent la réalisation de la liberté d'établissement (art 45 cst.) » (Conseil fédéral 1995 : 1209). De plus, le Tribunal fédéral se réfère faussement au droit communautaire⁴⁷. Si le principe « Cassis-de-Dijon » ne concernait à l'origine que la libre circulation des marchandises, la CJE a étendu par la suite ce principe, comme on l'a vu, à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement.

Le Tribunal fédéral développe encore sa position en la matière en invoquant deux objections. Tout d'abord, accepter que le principe du lieu de provenance soit valable également pour les cas d'établissement serait contraire au principe de l'étendue territoriale des ordres juridiques cantonaux⁴⁸. Le Tribunal fédéral ne fait qu'énoncer cette idée mais ne l'étaye à aucun moment. Selon les termes d'Auer et Martenet (2004a : 291), « le raisonnement du Tribunal fédéral tient chaque fois en une demi-phrase à peine et [...] l'on cherche en vain une motivation un tant soit peu détaillée ». La structure fédérale de la Suisse implique, il est vrai, une certaine autonomie des cantons en matière de réglementations des activités économiques que le principe de territorialité des ordres juridiques vient consacrer. Cependant, comme le relèvent précisément Dreyer et Dubey (2003 : 128), la LMI ne supprime pas la compétence des cantons d'édicter des règles applicables aux professionnels établis sur leur territoire, mais se contente, en tant que loi-cadre, d'en limiter la portée en soumettant ces règles aux principes régissant le libre accès au marché. De plus, elle n'oblige à aucun moment les autorités cantonales à appliquer le droit d'un autre canton mais seulement à en tenir compte lors de l'examen d'un candidat à l'admission sur le marché cantonal. Bref, la construction d'un marché intérieur en Suisse ne peut s'effectuer qu'à travers un compromis entre deux principes qui s'opposent : le besoin d'unité nécessaire au marché intérieur et l'impératif de diversité inhérent au fédéralisme⁴⁹.

En second lieu, les juges fédéraux estiment qu'inclure la liberté d'établissement dans le champ d'application de la LMI conduirait à autoriser une situation inadmissible où deux manières de traiter les personnes d'une même profession coexisteraient à l'intérieur d'un même canton. Les autorités cantonales seraient amenées à distinguer les professionnels entre ceux qui ont déjà été autorisés à exercer dans un autre canton et ceux qui effectuent leur premier établissement. Un canton pourrait ainsi accorder un traitement défavorable à ses propres ressortissants par rapport à des ressortissants d'autres cantons (plus libéraux) qui feraient valoir leur

⁴⁷ Dreyer et Dubey (2003 : 127) notent que « l'argument invoqué par le Tribunal fédéral, selon lequel en droit communautaire aussi, le principe « Cassis-de-Dijon » ne vaut que pour la libre circulation des marchandises et pour celle des services, mais pas pour la liberté d'établissement, n'est pas correct ou, du moins, n'est plus correct depuis quelques années déjà ».

⁴⁸ Voir ATF 125 I 322, cons. 2c; ATF 125 I 276, cons. 4c et ATF 2P.362/1998, in SJ 2000 I 177, cons. 4f.

⁴⁹ Voir aussi Auer et Martenet 2004a : 292.

droit à la libre circulation⁵⁰. La volonté d'éviter ce risque conduit également les juges à exclure la liberté d'établissement du champ d'application de la loi.

Un risque de discrimination à rebours est absolument incontestable dans une telle situation. Si la liberté d'établissement entre dans le champ d'application de la LMI, le principe du lieu de provenance donne le droit à un prestataire de services, au bénéfice d'une première autorisation dans un canton libéral, de s'établir dans un canton restrictif aux conditions du lieu de son premier établissement. En revanche, un autre prestataire de services, qui remplit les mêmes conditions que le précédent, ne sera pas nécessairement autorisé à s'établir dans ce canton, parce qu'on lui applique des conditions plus strictes, à savoir celles du canton restrictif qui est celui de son premier établissement. Ici les avis divergent selon les auteurs. En se basant sur l'expérience européenne⁵¹, Dreyer et Dubey (2003 : 104-105) considèrent que « Ce n'est toutefois pas au droit fédéral, mais bien aux cantons, de faire en sorte d'éliminer ce type de discriminations, en s'efforçant [...] d'harmoniser entre eux les conditions matérielles d'accès et d'exercice des différentes activités lucratives soumises à autorisation ». A l'inverse, Auer et Martenet (2004a : 294) estiment que cette position méconnaît trop facilement le droit des concurrents économiques à être traités de manière égale de la part de l'Etat. En effet, que ces professionnels soient ou non au bénéfice d'une autorisation délivrée précédemment, ils sont tous des concurrents directs sur un même marché. Il faut alors que tous les protagonistes puissent bénéficier de conditions suffisamment semblables sans quoi il n'y a pas de véritable concurrence.

Quoi qu'il en soit, ces auteurs se rejoignent sur le fait que ce problème n'est pas une raison suffisante pour exclure la liberté d'établissement. Qui plus est, le risque de discrimination à rebours existe déjà, malgré l'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la loi. En effet, à l'heure actuelle, n'importe quelle personne exerçant une activité commerciale dans un canton libéral peut en principe avoir accès, par la libre prestation des services, au marché d'un canton plus restrictif. Il faut bien sûr que son activité ne requière pas l'établissement professionnel. La discrimination à rebours va ainsi de pair avec l'existence de cantons libéraux et de cantons restrictifs, c'est-à-dire avec l'absence d'harmonisation au niveau supérieur. Par conséquent, le principe de la reconnaissance mutuelle contient en lui-même un certain risque de discrimination à rebours. Ce constat remet en question l'argumentation proposée ci-dessus par le Tribunal fédéral. Par ailleurs, d'autres contradictions sont induites par cette jurisprudence. Par exemple, un praticien en

⁵⁰ Voir ATF 125 I 276, cons. 4e et ATF 2P.362/1998, in SJ 2000 I 177, cons. 4f.

⁵¹ « Le droit communautaire du marché intérieur n'a pas vocation [...] à régir les situations dites « internes » à un Etat membre » et encore « il n'impose pas aux Etats membres de modifier leur réglementation destinée à régir des situations purement internes » (Dreyer et Dubey 2003 : 102). De là découle le risque de discrimination à rebours. Toutefois, cette solution vise « à faire indirectement pression sur les Etats membres pour qu'ils harmonisent entre eux les conditions d'accès et d'exercice des professions » (Dreyer et Dubey 2003 : 104).

thérapie naturelle établi dans un canton qui ferait des visites à domicile dans un autre canton pourrait invoquer la LMI alors que, s'il souhaitait s'établir dans ce dernier canton, il ne pourrait plus se prévaloir de cette loi (Auer et Martenet 2004a : 296). Or il faut bien admettre que ces deux situations reviennent en fin de compte au même. En dernier lieu, il faut se souvenir que l'article 3 LMI permet de restreindre la liberté d'accès au marché afin de préserver des intérêts publics prépondérants. Cette possibilité relativise le risque de discrimination à rebours puisque les conditions d'admission des cantons de provenance et de destination doivent, en définitive, s'avérer suffisamment semblables pour que le requérant puisse accéder au marché. Cela résulte du fait que la protection recherchée au lieu de destination doit pouvoir être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. « De ce fait, le traitement réservé aux prestataires de services [...] pourrait s'avérer, en définitive, assez proche [...] » (Auer et Martenet 2004a : 296).

3.3.2 Le régime de restrictions à la liberté d'accès au marché

L'argumentation du Tribunal fédéral au sujet des restrictions à la liberté d'accès au marché (art.3 LMI) est développée dans six arrêts⁵². Trois de ces arrêts vont dans le sens d'une ouverture du marché intérieur. L'ATF 123 I 313 et l'ATF du 23 mai 2000 concernent tout deux des avocats. Dans chaque cas, il s'agit d'un non respect par les autorités cantonales du principe de proportionnalité inscrit à l'art.3 al.1 let.c LMI. En effet, les autorités du canton de destination n'ont pas tenu compte ou ont de manière erronée considéré comme insuffisantes les exigences appliquées au lieu de provenance, que par ailleurs les recourants respectaient. L'ATF 125 I 474 exerce aussi un effet positif, quoique restreint pour l'instant, sur le marché intérieur (OPCA 2000 : 3). Dans cet arrêt, un canton ne peut interdire, sous peine de violer le principe de proportionnalité, la vente par correspondance de médicaments de la part d'une entreprise établie dans un autre canton lorsque les prescriptions du lieu de provenance sont de nature à assurer un niveau de protection de la santé identique⁵³ par rapport à celui produit au lieu de destination.

Dans trois autres arrêts, le Tribunal fédéral a par contre jugé que les restrictions de l'article 3 LMI justifiaient les décisions des cantons de destination de refuser l'accès à leur marché. L'arrêt 125 I 322 est certainement le plus emblématique de la propension du Tribunal fédéral à faire écho aux limitations à la liberté d'accès au marché. Dans cette affaire, le plaignant demande, après avoir réussi en 1996 l'examen cantonal de guérisseur d'Appenzell Rhodes-Extérieures, l'autorisation au

⁵² L'ATF 123 I 313 ; l'ATF 125 I 474, cons. 4 et l'ATF non publié du 23 mai 2000 vont dans le sens d'une ouverture du marché intérieur. L'ATF 125 I 322, cons. 4c ; l'ATF 128 I 295 et l'ATF non publié du 22 février 2001 (ATF 2P.180/2000) rejettent les recours interjetés. Voir notamment Dreyer et Dubey 2003 : 115ss.

⁵³ Le canton d'accueil ne peut démontrer que la protection qu'il exige sur son propre territoire n'est pas obtenue par les prescriptions posées par le canton de provenance. En cela, le niveau de protection de la santé est identique.

canton de Zurich d'exercer la profession de naturopathe. Dans ce canton, cette activité n'est pas reconnue en tant que telle. Au-delà de certaines activités permises (massages, conseils à des personnes en bonne santé, méthodes non scientifiques telles que prières ou utilisation de pendule), une autorisation est toutefois nécessaire mais n'est accordée qu'à des médecins. Or l'autorisation d'Appenzell Rhodes-Extérieures n'est pas jugée équivalente à cette formation par les autorités zurichoises. Le Tribunal fédéral leur donne raison en s'appuyant sur l'art. 3 LMI, soulignant que la protection recherchée au lieu de destination ne peut être obtenue par les prescriptions applicables au lieu de provenance. Il conclut qu'« on ne peut présupposer d'un candidat ayant réussi l'examen [d'Appenzell Rhodes-Extérieures] qu'il jouit automatiquement d'une formation équivalente – même limitée à la médecine naturelle – à celle des membres du corps médical diplômés » (Tribunal fédéral 2000a : 59, ATF 125 I 322, cons.3h).

Comme nous l'avons énoncé en introduction, cette question des restrictions à la liberté d'accès au marché est liée aussi à celle des professions reconnues selon un degré d'exigence divergent entre les cantons⁵⁴ (cantons libéraux et cantons restrictifs). L'ATF 125 I 276, même s'il n'y est pas fait mention explicitement de l'article 3 LMI par le Tribunal fédéral, est à mettre en parallèle avec l'ATF 125 I 322. Tous les deux font référence à cette question des restrictions à l'accès au marché. Dans cette affaire, le recourant a obtenu en 1981 un certificat de capacité zurichois de mécanicien-dentiste (prothésiste dentaire) et exerce depuis cette activité dans le canton de Zurich. En 1997 (après 16 ans de pratique), il demande aux autorités grisonnes l'autorisation d'exercer cette profession à titre indépendant. Sa demande est refusée parce que la législation grisonne interdit l'exercice de cette profession à titre indépendant ou plutôt la réserve aux médecins-dentistes. Le tribunal administratif grison estime que cette interdiction remplit les conditions de l'article 3 LMI (protection de la santé publique) dans la mesure où le mécanicien-dentiste pouvait être amené à faire un diagnostic alors qu'il ne possède pas de formation équivalente à celle de dentiste. Le Tribunal fédéral (1999b, ATF 125 I 276, cons. 5e) approuve cette décision en soulignant en particulier que « und zwar mit der gesundheitspolizeilichen Überlegung, dass auch ein ausgebildeter Zahnprothetiker mit Fähigkeitsausweis nicht hinreichend qualifiziert ist, um selbständig am Patienten zu arbeiten ».

Ces différents cas indiquent qu'au cœur de cette problématique se trouve la question de la comparaison des protections recherchées au lieu de destination et au lieu de provenance. Or, à travers le principe du lieu de provenance, la LMI consacre une certaine forme d'équivalence des réglementations puisqu'« il [le principe « Cassis-de-Dijon », repris par la LMI, et d'où découle le principe de provenance]

⁵⁴ Il se peut aussi que certaines professions soient reconnues dans un canton et pas dans un autre. Trois arrêts concernent cette question : l'ATF 125 I 322, l'ATF 125 I 335 et l'ATF 125 I 276.

établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives [...] sont équivalentes, de sorte que la personne qui a obtenu l'autorisation d'exercer une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'on ne puisse démontrer, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte» (Conseil fédéral 1995 : 1237). Ceci se concrétise dans l'article 3 LMI qui autorise des restrictions à la liberté d'accès au marché afin de préserver des intérêts publics prépondérants (art.3 al.1 let.b LMI) mais la protection recherchée ne doit pas pouvoir être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (art.3 al.3 let.a LMI, principe de proportionnalité). Par conséquent, l'équivalence des législations cantonales dépend de leur capacité respective à assurer un niveau de protection des intérêts publics aussi efficace dans chaque canton. « Dans le contexte du marché intérieur suisse, il convient de présumer une telle équivalence » (Auer et Martenet 2004a : 301). Autrement dit, le principe d'équivalence des législations présume que toutes les législations arrivent à assurer le même niveau de protection. Dès lors, « il conviendrait de chercher autant que possible à octroyer une autorisation d'exercer une activité lucrative au lieu de destination en l'assortissant éventuellement de conditions ou de limites, plutôt que de la refuser purement et simplement » (Auer et Martenet 2004a : 302), eu égard au principe de proportionnalité. On ne devrait pas, comme le fait le Tribunal fédéral, se baser uniquement sur les diplômes mais tenir compte aussi de l'expérience professionnelle pour permettre l'accès au marché.

Les explications avancées par les juges fédéraux dans les arrêts ci-dessus apparaissent, dans cette perspective, assez critiquables. Dans le cas de l'ATF 125 I 322, le canton de Zurich aurait pu, au lieu de simplement refuser de reconnaître l'examen de guérisseur d'Appenzell Rhodes-Extérieures, admettre une autorisation limitée, participant ainsi d'une approche fondée sur le principe d'équivalence (Auer et Martenet 2004a : 302). Concrètement, point n'était besoin de jouir d'une formation équivalente à celle de médecin pour éviter les risques touchant la santé publique. Les deux cantons réglementaient en effet cette profession, selon des exigences, il est vrai, fort différentes. Cependant, l'autorisation appenzelloise « ne permettait au recourant d'utiliser et d'administrer dans son cabinet que des médicaments pour lesquels une ordonnance médicale n'était pas nécessaire. De plus, lui étaient interdites les activités exclusivement réservées au corps médical ou qui nécessitent une autorisation particulière » (Auer et Martenet 2004a : 302). Alors qu'une autorisation partielle, qui reprenait ce qui avait déjà été fait dans le canton de provenance, était possible et, qui plus est, s'accordait mieux de l'idée de l'équivalence des réglementations cantonales, le Tribunal fédéral a opté pour une solution qui ne permet l'accès au marché qu'aux situations pour lesquelles les niveaux de protection sont strictement identiques.

Cette option d'autorisations partielles avait déjà été avancée par le recourant dans l'ATF 125 I 276⁵⁵. La jurisprudence avait d'ailleurs par le passé reconnu le caractère disproportionné du refus d'octroyer une autorisation partielle dans les cas de professions non prévues dans la législation cantonale (de destination) lorsqu'il existe une formation appropriée (Dreyer et Dubey 2003 : 139). Malgré tout, les juges fédéraux ont favorisé à nouveau la souveraineté cantonale dans cet arrêt. Le Tribunal fédéral a rejeté toute idée d'équivalence entre les législations des cantons de Zurich et des Grisons. Au lieu de se demander si les prescriptions du lieu de provenance (Zurich) ne permettaient pas d'assurer la protection de l'intérêt public poursuivi au lieu de destination (Grisons) de même si l'expérience pratique du recourant ne constituait pas une garantie – outre les certificats – d'une connaissance telle qu'une autorisation partielle soit possible, les juges se sont uniquement focalisés sur la législation grisonne pour fonder leur décision (Auer et Martenet 2004a : 304).

La comparaison de ces deux arrêts avec l'ATF 125 I 335 est déroutante. Dans ce litige, la recourante, titulaire de plusieurs diplômes en acupuncture, est autorisée à exercer à titre indépendant cette profession dans le canton des Grisons. Cependant elle n'est pas au bénéfice d'une formation en médecine. En 1996, elle demande l'autorisation aux autorités zurichoises d'exercer cette activité dans ce canton. Or, comme on l'a vu pour l'ATF 125 I 322, le canton de Zurich ne reconnaît pas formellement l'exercice de cette activité et le soumet à la possession d'un diplôme de médecin. Par conséquent, sa requête est refusée par les autorités zurichoises « au motif que l'acupuncture n'est pas uniquement une thérapie mais également une méthode de diagnostic » (Seco 2004 : 9-10) et qu'il existe alors des risques pour la santé publique de permettre ainsi l'exercice de l'acupuncture. Dans cette affaire, plusieurs éléments sont similaires avec ceux des ATF 125 I 322 et 125 I 276. La différence principale est que, dans le cas présent, la recourante ne fait à aucun moment mention de considérations relatives à la LMI mais se fonde uniquement sur la liberté économique.

Le Tribunal fédéral juge pourtant, à une semaine d'intervalle de l'ATF 125 I 276, que même si la législation zurichoise sur la santé est en droit d'interdire l'exercice de l'acupuncture à titre indépendant, le refus d'accorder une autorisation partielle pour l'exercice de cette activité de même que la limitation de cette profession aux seuls détenteurs d'un diplôme de médecine sont en revanche disproportionnés dans la mesure où la personne intéressée a été spécifiquement formée dans le but d'exercer cette activité professionnelle. La condition est toutefois que le plaignant ait acquis des connaissances suffisantes pour exercer son activité. Les juges fédéraux précisent en outre deux choses : que les opérations de diagnostic soient en principe réservées aux médecins est une chose, cela ne permet pas toutefois

⁵⁵ Wenn der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, dass Zahnprothetiker ja nur in einem Teilbereich tätig sein müssten und in diesem Bereich ihre Ausbildung derjenigen der Zahnärzte ebenbürtig sei [...] (ATF 125 I 276, cons. 3c).

d'interdire l'exercice indépendant de l'acupuncture en tant que thérapie⁵⁶. Deuxièmement, même si l'acupuncture nécessite en pratique des opérations de diagnostic, il apparaît encore une fois que l'on ne peut, pour cette raison, en interdire la pratique à titre indépendant puisqu'il existe des personnes exerçant indépendamment qui, sans avoir accompli une formation médicale complète, ont le droit d'établir un diagnostic limité en relation avec leur activité spécifique (sages-femmes, podologues, psychothérapeutes, opticiens, ergothérapeutes). Le Tribunal fédéral (2000b, ATF 125 I 335, cons. 5e) conclut en soulignant encore que « Ferner kann der Kanton allenfalls mit geeigneten Auflagen sicherstellen, dass die Beschwerdeführerin nur diejenigen Tätigkeiten ausübt, für welche sie ausgebildet ist ». Nous sommes ici en pleine contradiction avec ce qui a été décidé pour le mécanicien-dentiste de l'ATF 125 I 276.

Des décisions aussi différentes, rendues à sept jours d'intervalle (ATF 125 I 276 du 14 juin 1999 et ATF 125 I 335 du 7 juin 1999), sur des questions relativement similaires laissent perplexe. Il reste que ces décisions contradictoires donnent l'impression que les juges de Mon Repos ont soudainement pris conscience et sont devenus, dès lors, plus respectueux des compétences des cantons du moment qu'ils devaient examiner les cas qui leur étaient soumis non plus au seul regard de la liberté du commerce et de l'industrie mais aussi au regard de la LMI (Dreyer et Dubey 2003 : 140-141). On peut également supposer, aux vues de ce qui a été dit précédemment, que le Tribunal fédéral ne voulait pas, en acceptant les recours des personnes des ATF 125 I 322 et 125 I 276, laisser penser que les législations cantonales étaient présumées équivalentes dans la protection qu'elles assurent aux intérêts publics.

3.3.3 *Les certificats de capacité cantonaux*

Le dernier point problématique produit par la jurisprudence fédérale touche le domaine des certificats de capacité. Deux éléments sont particulièrement importants pour la liberté d'accès au marché : d'une part, la définition de ce que recouvre l'expression « certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal » et, d'autre part, la restriction de l'application de l'article 4 LMI aux seules professions reconnues dans tous les cantons.

Dans l'ATF 125 I 267⁵⁷, les juges fédéraux ont estimé que « Seuls devaient être reconnus les certificats de capacité obtenus en Suisse » (Tribunal fédéral 1999a, ATF 125 I 267, cons. 3e). Cette décision entrave la mobilité professionnelle de manière importante dans la mesure où des personnes de nationalité suisse, ou devenues

⁵⁶ Selbst wenn es vertretbar sein sollte, die Diagnose einem umfassend ausgebildeten diplomierten Mediziner vorzubehalten, wäre dies noch kein Grund, eine selbständige Ausübung der Akupunktur als Therapie zu untersagen (Tribunal fédéral 2000b, ATF 125 I 335, cons. 4d).

⁵⁷ Dreyer et Dubey (2003 : 120) mentionnent deux autres arrêts concernant cette question : l'arrêt non publié du 20 avril 2001, 2P.33/2001 et l'arrêt non publié du 14 mars 2001, 2P.243/2000.

résidentes, titulaires de diplômes étrangers ne sont pas assurées du libre accès au marché. Dans l'arrêt précité, le recourant est titulaire d'un diplôme allemand de médecin-dentiste et dispose d'une autorisation de pratiquer, délivrée par le canton de Saint-Gall. En 1992, il a obtenu l'autorisation d'exercer en tant qu'assistant dans le canton des Grisons. En 1997, il demande l'autorisation aux autorités de ce canton d'exercer cette activité en tant qu'indépendant. Il fait valoir à cette fin que plusieurs cantons ont reconnu le diplôme allemand comme équivalent au diplôme suisse. Mais pour le Tribunal fédéral, le recourant ne peut s'appuyer sur l'article 4 LMI. En effet, afin de ne pas tendre à une modification matérielle de l'avant-projet, la Cour interprète l'expression « certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal » comme visant uniquement les diplômes *obtenus* en Suisse, limitant ainsi la portée de l'article 4 LMI. En sont exclus les certificats de capacité étrangers. Le Tribunal fédéral permet ainsi aux cantons de ne pas reconnaître un diplôme étranger, quand bien même il serait déjà reconnu par d'autres cantons. Il restreint, par conséquent, la reconnaissance automatique des diplômes aux seuls certificats obtenus suisses. Dans cette affaire, le canton des Grisons n'est ainsi pas obligé de reconnaître le diplôme du recourant.

Sur cette question, l'interprétation du Tribunal fédéral s'est montrée en l'occurrence plus restrictive que la jurisprudence cantonale. Les autorités judiciaires du canton de Zurich ont en effet à plusieurs reprises reconnu l'équivalence de diplômes étrangers qui avaient été préalablement acceptés par d'autres cantons. Cette jurisprudence est « quelque peu déconcertante » (Auer et Martenet 2004a : 311). Il n'y a en effet aucune raison d'exclure du champ d'application de l'article 4 LMI les diplômes étrangers. D'ailleurs, cette situation peut conduire à une sorte de « discrimination indirecte » à l'égard des étrangers dans la mesure où ce sont surtout eux qui seront touchés par cette décision. Dans le même registre, une telle attitude, exclusivement centrée sur la Suisse, entre en totale contradiction avec le rapprochement opéré avec l'Union européenne par l'intermédiaire des Accords bilatéraux. Comme le soulignent Dreyer et Dubey (2003 : 135), l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes a conduit à reprendre la réglementation communautaire sur la reconnaissance des diplômes, notamment des diplômes pour les professions médicales et paramédicales. En ce sens, ils jugent la jurisprudence du Tribunal fédéral « déplacé[e] et inopportun[e], si ce n'est dépassé[e] ».

Sur le fond, les juges du Tribunal fédéral ont considéré que, même si l'expression de l'avant-projet « certificats obtenus en Suisse » a été remplacée par la formulation « certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal », elle conserve néanmoins sa portée et écarte ainsi les diplômes étrangers du champ d'application de l'article 4 LMI. Or il ressort du Message concernant la loi sur le marché intérieur que ce changement de dénomination a été effectué dans l'intention de préciser que la LMI « ne s'applique qu'aux certificats de capacité cantonaux ou

reconnus au niveau cantonal et non aux diplômes privés » (Conseil fédéral 1995 : 1246). En effet, la LMI ne s'attaque qu'aux barrières de droit public à la liberté d'accès au marché et donc ne touche que les prescriptions étatiques relatives au marché intérieur. Maintenant, si le Message ajoute que ce changement dans les dénominations « n'implique aucune modification matérielle par rapport à l'avant-projet » (Conseil fédéral 1995 : 1236), c'est, selon Dreyer et Dubey (2003 : 134, note 527), parce qu'il ne touche pas « à la substance de l'avant-projet, c'est-à-dire [...] à l'ouverture des marchés par l'élimination des obstacles de droit public à la concurrence »⁵⁸ et non, comme le prétend le Tribunal fédéral, parce qu'il faudrait interpréter cette nouvelle formulation à la lumière de la précédente. L'essence du projet n'est en rien liée à l'origine des diplômes mais à l'élimination des obstacles de droit public à la liberté d'accès au marché. D'ailleurs, rien dans le Message ne laisse transparaître que le Conseil fédéral voulait exclure les certificats d'origine étrangère⁵⁹. Ceci démontre que des interprétations alternatives existaient et que le Tribunal fédéral a privilégié une interprétation restrictive par rapport à l'objectif du marché intérieur.

Le second élément concerne la reconnaissance des certificats de capacité (reconnus dans le canton de provenance) par des cantons dans lesquels les professions soumises à ces certificats ne sont pas prévues comme telles. L'article 4 LMI stipule que « Les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3 » (LMI ; RS 943.02). Or le Tribunal fédéral (2000a : 60, ATF 125 I 322, cons. 4b) a estimé que « L'art. 4 LMI vise avant tout les métiers reconnus et en principe autorisés dans tous les cantons ». Le terme « avant tout » laisse penser que des professions reconnues uniquement par certains cantons peuvent, malgré tout, bénéficier de la présomption d'équivalence consacrée par cet article (sous réserve de l'article 3 LMI). Il n'en reste pas moins que le Tribunal fédéral (2000a : 60, ATF 125 I 322, cons. 4b) juge, dans le même considérant, que « les cantons ne sont en particulier pas obligés, sur la base de cette disposition [l'article 4], d'admettre l'exercice de professions qui ne sont pas prévues comme telles dans leur législation », même si ces professions, soumises à l'obtention d'un certificat de capacité cantonal, sont reconnues dans d'autres cantons.

Le Tribunal fédéral (2000a : 60, ATF 125 I 322, cons. 4b) justifie sa décision par le fait que la présomption d'équivalence des conditions d'exercice d'une activité

⁵⁸ Voir aussi Conseil fédéral 1995 : 1233

⁵⁹ Notons encore que, selon Dreyer et Dubey (2003 : 134), le Tribunal fédéral crée par sa décision une situation paradoxale où le détenteur d'un diplôme privé obtenu en Suisse et reconnu par un canton pourrait bénéficier de l'article 4 LMI, alors qu'une personne titulaire d'un diplôme d'origine étatique mais obtenu à l'étranger et également reconnu par un, voire plusieurs cantons, ne pourrait recourir à cette disposition.

lucrative ne serait valable que pour les conditions personnelles telles que l'honorabilité ou la confiance mais ne s'applique pas aux autres conditions d'exercer. Or cette opinion est en contradiction avec ce qui a déjà été dit plus haut, à savoir que la LMI établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives sont équivalentes, de sorte que la personne qui exerce légalement une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'on ne puisse démontrer que la présomption n'est pas exacte. Cette contradiction est des plus étonnantes surtout lorsque cette interprétation de l'article 4 LMI est mal fondée et « ne correspond à rien dans la loi » (Dreyer et Dubey 2003 : 123). Cet avis est également partagé par Auer et Martenet (2004a : 298). Ils pensent qu'« une profession indépendante existant dans un canton mais n'étant pas prévue, comme telle, dans un autre canton devrait bénéficier des effets de la LMI, si bien qu'une personne exerçant valablement cette profession devrait, sous réserve de l'article 3 LMI, être autorisée à l'exercer au lieu de destination ».

3.3.4 Remarques conclusives

Dans l'ensemble, le Tribunal fédéral a favorisé le principe du fédéralisme et la protection de la souveraineté cantonale au moment où il fallait trancher entre deux interprétations possibles. Il est vrai qu'il a pu aussi faire avancer la réalisation du marché intérieur mais ces éléments positifs touchaient des questions marginales et concernaient la plupart du temps des recours interjetés par des avocats. En revanche, sur les points essentiels, c'est-à-dire la liberté d'établissement, le régime de restrictions et d'exceptions à la liberté d'accès au marché et la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux, les juges fédéraux ont adopté une attitude extrêmement prudente qui ne s'est opérée qu'au détriment de la réalisation effective du marché intérieur.

En effet, le Tribunal fédéral aurait pu, dans certains cas, au lieu de refuser purement et simplement l'accès au marché, tenir compte de l'expérience professionnelle du recourant et lui accorder une autorisation limitée d'exercer son activité. Mais les juges n'ont pas tenu compte de la présomption d'équivalence des réglementations cantonales lorsqu'il fallait se prononcer sur les restrictions à la liberté d'accès au marché. De même, lorsqu'il donne la possibilité aux cantons de refuser l'exercice de professions qui ne sont pas prévues comme telle par le droit cantonal alors même que ces professions sont exercées et reconnues par d'autres cantons, le Tribunal fédéral manque de vision d'ensemble. Il ne voit pas qu'à l'heure actuelle, où le marché européen est quasiment achevé, il n'est plus possible de préserver aussi fortement la souveraineté cantonale sous peine d'admettre ce genre de situation. Cette interprétation restrictive de la LMI protège trop fortement le fédéralisme et remet alors en cause l'ensemble du processus d'harmonisation que devait engendrer l'application de la loi en dissuadant, d'une part, les cantons de

procéder à une mise à jour de leurs réglementations et, d'autre part, les particuliers de risquer un recours devant le Tribunal fédéral.

Par ailleurs, la jurisprudence fédérale légitime mais renforce aussi la situation d'inégalité de traitement que subissent les professionnels d'activités réglementées en Suisse selon qu'ils opèrent dans tel ou tel canton. En excluant la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI, les juges cherchent, selon leur dire, à éviter un risque de discrimination à rebours au sein d'un même canton entre ceux qui ont utilisé leur droit à la libre circulation intercantonale et peuvent invoquer la LMI et ceux qui, demeurant au lieu de leur premier établissement, ne peuvent recourir à la LMI⁶⁰. Bien sûr, l'inégalité de traitement entre ressortissants de différents cantons est intrinsèquement liée à la structure fédérale du système politique suisse et ne concerne d'ailleurs pas uniquement le domaine de la réglementation des activités lucratives. Comme toujours dans ce débat, il n'existe pas de critère qui permettrait a priori de décider dans chaque cas quel est le meilleur équilibre à trouver entre fédéralisme et centralisation. A notre sens, il faut adopter une posture pragmatique qui tienne compte à la fois du contexte et du but poursuivi par la solution de centralisation, et non pas repousser trop rapidement toute idée de ce type au nom du fédéralisme, attitude qui confine parfois à la défense passéiste de mythes surannés.

Dans cette optique, les décisions du Tribunal fédéral appellent deux observations au moins. Premièrement, nous l'avons déjà mentionné plus haut, la LMI, même sans la liberté d'établissement, implique de toute façon un risque de discrimination à rebours à l'intérieur d'un même canton. En effet, quiconque exerce une profession dont l'activité n'exige pas l'établissement professionnel peut, par la libre prestation des services, accéder au marché d'un canton plus restrictif (sous réserve de l'article 3 LMI).

La seconde observation essaie de prendre en compte dans cette réflexion le contexte général et le but recherché par la LMI. Même si l'on ne peut totalement l'exclure ici, on peut comprendre qu'on veuille éviter une discrimination à rebours au sein d'un même canton. Cependant, dans le cas qui nous concerne, cette protection des ressortissants d'un canton et du fédéralisme se fait au détriment de la protection des ressortissants suisses par rapport à des ressortissants étrangers⁶¹. En effet, avec

⁶⁰ « Un traitement différent des activités commerciales à l'intérieur d'un même canton [...] conduirait [à une situation] qui seraient de loin plus insatisfaisantes que les inégalités de traitement d'un canton à un autre qui sont inhérentes à la structure de l'Etat fédéral » (Tribunal fédéral 2000c : 182, ATF 2P.362/1998, cons 4f).

⁶¹ Ces éléments nous conduisent à distinguer deux niveaux de discrimination à rebours : d'une part, la discrimination à rebours entre Suisses qui intervient au sein d'un même canton, entre ceux qui usent de leur droit à la libre circulation et peuvent invoquer la LMI et ceux qui n'ont jamais fait valoir leur droit à la libre circulation ; d'autre part, la discrimination à rebours entre Suisses et étrangers qui voit les ressortissants suisses être moins bien traités par leur propre pays que les ressortissants étrangers qui bénéficient d'accords internationaux.

L'ouverture internationale des marchés, il devient de plus en plus difficile de conserver les différences intercantionales en matière de réglementation des professions et d'accès au marché sous peine de voir des ressortissants suisses moins bien traités que des ressortissants étrangers par leur propre pays. Autrement dit, exclure la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI implique pour tous les professionnels suisses dont l'activité exige l'établissement de ne pas pouvoir exercer cette activité dans une autre partie de leur pays – sauf si bien sûr ils se plient au droit en vigueur au lieu de destination – alors qu'un ressortissant de l'Union européenne peut, grâce aux Accords bilatéraux sur la libre circulation des personnes, travailler sur tout le territoire suisse.

Ceci nous ramène à cette question centrale dans notre travail : comment justifier qu'un petit pays au cœur de l'Europe soit dépourvu d'un véritable marché intérieur, que des réglementations entravent la mobilité professionnelle de personnes souhaitant travailler à quelques kilomètres parfois de chez eux, que des professions soient autorisées par certains cantons alors que d'autres en interdisent la pratique? Même si dans un premier temps, des discriminations avaient eu lieu à l'intérieur des cantons entre les différents offreurs, cette situation était en partie voulue par la LMI dans la mesure où la loi visait justement à inciter les cantons à harmoniser leurs conditions d'accès et d'exercice d'activités réglementées. Il s'agissait de créer un marché intérieur unifié en Suisse tout en ménageant les compétences cantonales. On peut bien sûr discuter de l'opportunité de cette solution, notamment sur le fait, qu'en l'absence d'une harmonisation menée par les cantons, les désavantages retombent entièrement sur les personnes. C'est un point que l'on peut aussi imputer indirectement à l'attitude du Tribunal fédéral, même si le législateur a également sa part de responsabilité.

3.4 Révision actuelle de la LMI

L'adoption de la LMI sous la forme d'une législation cadre, prévue dans le but de ménager les compétences cantonales, a eu pour conséquence de donner aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation sur des questions économiques de première importance. L'impact positif ou négatif de la loi reposa alors entièrement sur l'interprétation qu'allaient lui donner les instances judiciaires et, en dernier recours, le Tribunal fédéral. Or sur plusieurs points, nous l'avons vu, la jurisprudence fédérale bloque le potentiel d'ouverture contenu dans la LMI en lui donnant une interprétation qui préserve les prérogatives des cantons. L'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la loi interdit ainsi aux professionnels dont l'activité exige l'établissement d'accéder librement au marché ; en permettant par leur jurisprudence un régime d'exceptions à la liberté d'accès au marché relativement souple, les juges de Mon Repos empêchent l'ouverture du marché attendue de la présomption d'équivalence des prescriptions cantonales en matière d'autorisation. Le législateur fédéral se devait de réagir. En outre, des éléments

internationaux entrent aussi en ligne de compte. L'accord sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur en 2002, nécessite une réorientation de certains aspects de la LMI, sous peine d'un risque de discrimination à rebours pour les ressortissants suisses. Cet accord oblige en effet les cantons à traiter les certificats de capacité européens pour les professions réglementées selon la procédure de reconnaissance européenne de sorte qu'avec la jurisprudence actuelle « un Danois ayant obtenu un diplôme au Portugal pourrait être favorisé par rapport à un Suisse ayant achevé des études aux Etats-Unis » (Conseil fédéral 2005 : 430).

L'incapacité de la loi actuelle à développer les effets escomptés a conduit par conséquent les autorités fédérales à entamer un processus de révision. L'aptitude qui avait été reconnue aux juges jusqu'ici dans la mise en œuvre de la loi n'a jamais remis en cause la compétence du pouvoir politique à reprendre l'initiative. Le pouvoir politique se ressaisit ainsi du dossier, après l'avoir « délégué » pendant plusieurs années aux tribunaux. L'impulsion se trouve à nouveau du côté du politique. Suite aux rapports de l'OPCA et de la Commission de gestion du Conseil national en 2000 de même qu'en réponse à deux motions et un postulat de ladite Commission⁶², le Département fédéral de l'économie a chargé un groupe interdépartemental conduit par le Secrétariat général du Département fédéral de l'économie d'élaborer un avant-projet de révision de la LMI. Composé également de la Comco et du Seco, ce groupe de travail comprend par ailleurs certaines instances représentant les cantons, comme la Conférence des gouvernements cantonaux et la Conférence des chefs de départements cantonaux de l'économie publique. Reprenant les conclusions principales des rapports précités, ce groupe doit faire en sorte que le projet de révision, puisqu'il touche à des questions de compétences cantonales, soit compatible avec la Constitution. A cette fin, quatre éléments ont été écartés de la révision.

Le premier objet écarté concerne les marchés publics. Une révision de l'article 5 LMI n'est pas nécessaire, nous dit-on, parce que sur ce point la LMI a eu des effets bénéfiques, notamment à travers l'Accord intercantonal sur les marchés publics. De plus, la législation sur les marchés publics étant en cours de révision elle aussi, il ne serait pas judicieux de traiter maintenant cette question dans la LMI. Ensuite, l'introduction dans la LMI de dispositions relatives au contrôle des aides cantonales et communales de même qu'aux monopoles cantonaux et communaux a été également repoussée en raison d'importantes objections sur le plan constitutionnel. Dans un avis de droit demandé par le Département fédéral de l'économie, Auer et Martenet (2004b : 315) estiment anticonstitutionnelle une disposition de la LMI qui

⁶² Les motions de la Commission de gestion demandent d'instaurer au profit de la Comco un droit de recours contre toute restriction publique à la liberté d'accès au marché et un droit d'être entendue par le Tribunal fédéral. Le postulat demande au Conseil fédéral d'étudier l'opportunité d'octroyer un droit de recours pour les associations de défense des consommateurs (Commission de gestion 2000 : 5612).

aurait pour objectif de réduire les motifs par lesquels les cantons et les communes peuvent constituer des monopoles⁶³. En particulier, ils considèrent que restreindre, tel que l'impliquerait l'introduction de cette disposition, « l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux aux seuls motifs de la sécurité publique et de l'efficacité économique [...] exclut que les cantons puissent maintenir ou fonder des monopoles sur d'autres motifs, qui sont admissibles au regard de la Constitution fédérale » (Auer et Martenet 2004b : 326). Enfin, une harmonisation fédérale des professions réglementées a été rejetée dans la mesure où cette option contredit le principe sous-jacent de la LMI qui est d'unifier l'espace économique suisse à travers le principe de la reconnaissance mutuelle, tout en préservant de cette manière les compétences cantonales. Toutefois, le législateur peut toujours effectuer des harmonisations ciblées selon les professions, comme ce fut le cas pour les avocats ou les professions itinérantes.

La révision de la LMI vise à corriger, d'une part, par des mesures spécifiques le manque d'efficacité reconnu de la loi et, d'autre part, à protéger les ressortissants suisses d'éventuelles discriminations suites à l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes. Dans cette optique, il a été décidé d'étendre tout d'abord le champ d'application de la loi à l'établissement commercial (Art.2, al.4). Par conséquent, celui qui veut s'établir quelque part afin d'y exercer une activité commerciale peut se prévaloir des prescriptions applicables au lieu du premier établissement. Cette mesure, destinée à remédier à la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, est un point essentiel de la révision. Elle doit ainsi permettre désormais à tous les professionnels d'invoquer la LMI. Lors de la procédure de consultation, certains cantons (GE, VD, FR et TG) ont refusé cette solution en arguant qu'elle conduirait à un nivellement par le bas de la réglementation. Les autorités fédérales ont cependant maintenu leur proposition en faisant valoir l'importance centrale de cette disposition et par le fait que les restrictions inscrites à l'article 3 LMI devraient contenir ce risque.

En second lieu, la révision de la LMI va durcir le régime de restriction et d'exception à la liberté d'accès au marché de manière à ce que le canton de destination ne puisse en principe plus interdire purement et simplement l'accès au marché (sauf si, bien sûr, les modalités d'accès au marché s'avèrent très différentes). Par contre, les autorités de destination pourront conditionner l'accès au marché par certaines obligations (Art.3, al.1). Ici aussi, l'on cherche à remédier à la jurisprudence fédérale en accordant plus de poids au principe du marché intérieur par rapport au principe du fédéralisme. L'expérience professionnelle des recourants sera prise en considération lors de l'attribution d'une autorisation d'exercer et pourra parfaire une formation jugée insuffisante par les autorités du lieu de destination

⁶³ Cette disposition aurait la teneur suivante : « Les monopoles cantonaux et communaux sont compatibles avec la présente loi s'ils sont justifiés par des motifs tirés de la sécurité publique ou de l'efficacité économique et s'ils respectent le principe de proportionnalité ».

(Art.3, al.3). Le principe de proportionnalité est alors appliqué strictement afin de « soumettre les restrictions à l'accès au marché à de plus hautes exigences » (Département fédéral de l'économie 2004 : 6). Le changement avec la loi actuelle passe par la prise en compte par le canton de destination, indépendamment de la possession d'un certificat de capacité⁶⁴, de l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance par le recourant. La demande de plusieurs organisations professionnelles d'inscrire des standards minimaux de formation a été en revanche refusée.

Troisièmement, la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux s'effectuera selon la procédure européenne (Art.4, al.3^{bis}). Cette mesure doit écarter tout risque de discrimination à rebours. Elle permettra aussi aux détenteurs de diplômes étrangers de faire valoir leur droit à l'accès au marché. Néanmoins, la Conférences des directeurs cantonaux de l'instruction publique, la Conférence des directeurs cantonaux de la santé et le canton de Fribourg ont pu faire accepter le maintien de la réserve concernant les accords intercantonaux. En effet, ces derniers sont plus avantageux que les règles européennes puisqu'ils accordent la reconnaissance automatique aux diplômes cantonaux. En ce qui concerne les professions non prévues comme telles par certains cantons, l'inscription explicite dans la loi de la présomption d'équivalence des réglementations cantonales et communales sur l'accès au marché (Art.2, al.5) doit faire en sorte que, désormais, les personnes bénéficiant d'un diplôme d'autres cantons permettant la pratique de cette profession pourront accéder au marché dans le canton de destination⁶⁵. En effet, les conditions d'autorisation d'autres cantons seront réputées assurer la protection des intérêts publics prépondérants, sous réserve de l'article 3 LMI.

Enfin, l'introduction d'un droit de recours en faveur de la Comco (Art.9, al.2^{bis}), requis au niveau du Parlement, complète les attributions actuelles de la Commission et contribue au renforcement de la loi. La mise en œuvre de la LMI reposant toujours sur les voies de droit, cette innovation est tout à fait centrale dans la réalisation du marché intérieur dans la mesure où elle suppléera à la retenue des particuliers à interjeter des actions en justice contre des décisions restreignant l'accès au marché.

⁶⁴ Avant la révision, l'expérience professionnelle n'était pas prise en compte dans les cas où l'accès au marché au lieu de destination est tributaire de la possession d'un certificat de capacité, alors qu'aucun titre n'est exigé au lieu de provenance pour l'exercice de l'activité considérée. L'ATF 2P.362/1998 (SJ 2000 I 177) en est un parfait exemple. Le recourant, restaurateur dans le canton de Soleure, demande l'autorisation d'exercer cette activité à Bâle-Campagne. Or, comme le canton de Soleure n'exige aucun diplôme, le recourant ne peut fournir le certificat demandé par les autorités du lieu de destination. Sa requête est purement et simplement refusée sans tenir compte de son expérience professionnelle. Par ailleurs, cette solution de l'expérience professionnelle sera aussi utile dans les situations où l'accès au marché au lieu de provenance a été obtenu avec un titre qui n'est pas un certificat reconnu sur le plan cantonal (par exemple, un diplôme privé) et ne peut donc donner lieu à une reconnaissance aux termes de l'article 4 LMI.

⁶⁵ Bien que ce changement n'implique pas de modification du droit actuel, il donne plus de poids à la liberté d'accès au marché.

La Comco pourra recourir de manière autonome contre toute décision cantonale et communale. Remarquons encore que son droit de recours en matière de marchés publics se limitera à la garantie d'un accès non discriminatoire.

A côté de ces cinq éléments clés, d'autres points sont introduits par le projet de révision : une précision du champ d'application matériel de la loi (Art.1, al.3)⁶⁶, l'entraide administrative entre la Comco et les services fédéraux, cantonaux et communaux (Art.8a), l'obligation de renseigner pour les acteurs concernés par une enquête de la Comco (Art.8b) assortie d'une possibilité de sanctions pouvant aller jusqu'à 10000 francs (Art.8c) et l'accès non discriminatoire, au moyen d'appel d'offres, à l'exploitation de monopoles concédés à des particuliers par les cantons ou les communes (Art.2, al.6)⁶⁷.

Globalement, l'avant-projet de la révision de la loi a été bien accueilli. Une grande majorité des cantons, l'ensemble des partis gouvernementaux et toutes les associations faîtières de l'économie (economiesuisse, USP, Travail.Suisse, USAM) ont approuvé l'avant-projet, soit dans son intégralité, soit dans sa majeure partie. L'USS, si elle ne rejette pas le projet, critique néanmoins la libéralisation de l'accès au marché et l'opportunité d'une telle loi. Parmi les cantons, seuls Vaud, Genève, Valais, Thurgovie, Argovie et Fribourg ont refusé ce projet. Plusieurs d'entre eux craignent un nivellement par le bas des réglementations dû à l'extension à l'établissement commercial du libre accès au marché. Le durcissement du régime d'exceptions à l'accès au marché a été principalement critiqué par des organisations professionnelles comme l'Union suisse des professions libérales, la Fédération suisse du tourisme, GastroSuisse, la Société suisse des Entrepreneurs, la Fédération des entreprises romandes ainsi que par l'USAM. Ces organisations estiment que des standards minimaux de formation sont nécessaires, critiquant le fait que l'expérience professionnelle puisse pallier à une formation jugée insuffisante. Si l'introduction de la procédure européenne de reconnaissance des certificats de capacité cantonaux n'a pas subi d'objections, l'introduction d'un droit de recours en faveur de la Comco a été refusée par les cantons de Vaud, Genève, Valais, Thurgovie, Argovie, Grisons de même que par la Conférence des directeurs cantonaux de la santé et par l'UDC qui la jugent inutile et bureaucratique. Enfin, seuls rejettent l'ensemble du projet, en plus des six cantons précités, GastroSuisse, le Centre Patronal, le parti écologiste suisse et la Conférence des directeurs cantonaux de la santé (la Conférence des directeurs cantonaux de l'instruction publique accepte par contre le projet dans sa majeure partie).

⁶⁶ Les activités commerciales exercées dans le cadre du secteur public, y compris les activités qui sont proposées sur le marché (enseignement), sont soumises à la liberté économique lorsque celles-ci existent dans des rapports de droit privé et tombent alors dans le champ d'application de la loi.

⁶⁷ Demandée par economiesuisse et la Comco, cette disposition facilite, selon les termes du Message, l'accès non discriminatoire au marché sans pour autant remettre en cause la compétence des cantons et des communes à préserver et/ou à instaurer des monopoles.

3.5 Synthèse et remarques intermédiaires : principe du « Cassis-de-Dijon » et libéralisation accrue de l'économie suisse

En guise de conclusion, nous aimerions souligner la volonté des autorités fédérales, conduites dans cette action par les services du Seco et de la Comco, d'intensifier la libéralisation du marché intérieur suisse. A cette fin, la LMI devait absolument trouver une efficacité dont elle n'a jamais pu véritablement disposer ; la faute, dans sa majeure partie, à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ce n'est donc pas un hasard si les points centraux de la révision tendent à renforcer le principe du marché intérieur, prenant ainsi à chaque fois le contre-pied des décisions du Tribunal fédéral dont ils doivent supprimer les effets négatifs sur l'ouverture des marchés régionaux. On verra toutefois que la révision de la LMI s'inscrit dans un cadre plus large de réformes qui entend dynamiser la croissance en Suisse. L'accroissement de la concurrence sur le marché intérieur en est l'un des objectifs.

Mais avant d'en venir à ces questions, nous aimerions discuter de l'opportunité à recourir au principe de la reconnaissance mutuelle pour procéder à l'unification de l'espace économique suisse. Si ce principe présente d'importants avantages au niveau de la préservation du fédéralisme et du respect de la souveraineté cantonale, il compte néanmoins plusieurs aspects négatifs. Premièrement, en tant que principe juridique, son application repose entièrement sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nous savons avec quel succès. Mais cela signifie également que les autorités politiques ont décidé de confier aux juges la responsabilité d'assurer l'ouverture du marché intérieur. Par conséquent, les juges ont reçu le pouvoir de prendre des décisions de politique économique qui devraient être en principe réservées au pouvoir politique. On peut ainsi se demander dans quelle mesure la nécessité de tenir compte de la souveraineté cantonale et d'achever la construction du marché intérieur peut justifier une telle décision.

Deuxièmement, en raison encore une fois de sa nature juridique, l'efficacité de la reconnaissance mutuelle est tributaire des recours déposés par les individus. L'ouverture du marché ne peut en conséquence s'effectuer que de façon fragmentée et à des rythmes différents selon les secteurs. Cette situation, peu satisfaisante, conduit à une inégalité de traitement entre les différentes activités et professions réglementées. En fonction de l'origine professionnelle des recours, certains secteurs économiques profiteront plus rapidement que d'autres de l'ouverture des marchés. Par ailleurs, rien ne peut assurer que certaines professions bénéficieront effectivement de l'application du principe du « Cassis-de-Dijon ». On sait parfaitement que les membres de certaines professions, comme les avocats ou les professions médicales libérales, ont tendance à profiter pleinement de l'opportunité qui leur est offerte par la LMI alors qu'il n'y a pas eu un seul recours de la part de représentants d'autres professions. Il existe ainsi une inégalité sociale dans la pratique de ce principe juridique.

Un troisième aspect négatif, inhérent à l'application du principe de la reconnaissance mutuelle, réside dans le risque potentiel d'un nivellement par le bas des réglementations⁶⁸. Si dans leur majorité, les cantons – premiers visés par la loi – ont approuvé le projet de révision, ils ont émis néanmoins certaines critiques soulignant justement ce danger. L'article 3 LMI et la présomption d'équivalence des législations cantonales en matière de police du commerce devraient, il est vrai, en partie limiter ce risque. Dans la pratique, chaque canton pourra en tout cas continuer d'adopter la législation qu'il entend. L'article 3 de la loi, en permettant de refuser l'accès au marché si les réglementations du lieu d'origine sont trop différentes de celles du lieu de destination, devrait faire en sorte que les cantons se sentent libres d'adopter les réglementations qu'ils désirent. La présomption d'équivalence des législations cantonales exerce un effet similaire.

Il reste cependant difficile, à cet instant, d'anticiper le comportement des cantons à ce sujet. Un rapport du Seco (2002 : 84) estimait qu'un certain nivellement par le bas aurait lieu mais qu'« il [serait] toutefois limité par l'instauration de conditions minimales (définition du nombre d'années de formation ou d'expérience professionnelle, par exemple) ». Or ces conditions minimales n'ont pas été retenues dans le projet de révision. Dans un sens, la révision vient renforcer le danger d'un nivellement par le bas en incluant la liberté d'établissement dans la loi et en renforçant le régime d'exception à la liberté d'accès au marché.

Le véritable risque, toutefois, de nivellement par le bas est à chercher dans l'absence d'harmonisation intercantonale des conditions d'accès au marché. Sans ce type de mesures, le principe de la reconnaissance mutuelle (et du lieu d'origine) crée des discriminations internes aux cantons. En effet, dans une telle situation, des offreurs externes, qui bénéficient désormais de la liberté d'établissement mais aussi de la prise en considération de leur expérience professionnelle, pourraient être autorisés à exercer dans un canton à des conditions plus souples que celles exigées pour les ressortissants du canton. A la longue, sans harmonisation intercantonale, on peut s'attendre à ce que les autorités d'un canton restrictif sur une activité s'alignent sur les exigences des cantons plus libéraux afin de réduire les discriminations internes. Il y a là un risque de nivellement par le bas. Il faut cependant rappeler que, si les autorités du canton de destination ne peuvent en général plus refuser l'accès au marché, la possibilité qu'elles ont d'assortir l'exercice d'une activité de certaines charges et conditions relativise les différences entre les exigences du lieu de provenance et du lieu de destination⁶⁹. Par conséquent, le traitement des différents

⁶⁸ On peut comprendre ce terme comme une baisse du nombre de réglementations ou comme une baisse du niveau de protection assuré par ces réglementations.

⁶⁹ La protection recherchée au lieu de destination doit toujours pouvoir être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance ; dans le cas contraire, ces conditions doivent y remédier.

offreurs peut s'avérer, en définitive, assez proche. C'est un aspect qui nuance le risque de nivellement par le bas des réglementations.

Maintenant, quant à savoir si les procédures d'harmonisation intercantonale se concrétiseront selon un mode de déréglementation, cela reste une question sans réponse. En fait, le danger d'un nivellement par le bas des réglementations est difficile à estimer. Il serait intéressant d'observer à ce sujet ce qui s'est passé en Europe. En tout cas, il existe aussi des exemples où une réglementation induite par la LMI est possible. Ainsi les cantons qui ne possèdent aucune réglementation pour une profession peuvent être incités à la réglementer pour que leurs ressortissants puissent bénéficier, dans l'accès au marché d'autres cantons, de ces prescriptions d'origine⁷⁰.

Quelle que soit l'issue de ce problème, l'une des conséquences de la révision sera d'inciter plus intensément qu'auparavant les cantons à harmoniser leurs conditions d'accès au marché. En effet, il faut s'attendre à ce que les discriminations subies par leurs ressortissants vis-à-vis d'offreurs externes soient ressenties plus fortement compte tenu de l'insertion de la liberté d'établissement dans la loi. C'est en fait un quatrième aspect négatif du recours au principe de la reconnaissance mutuelle qui est souligné ici. Son efficacité passe par la discrimination à rebours des ressortissants d'un Etat. En effet, tant qu'il n'y a pas d'harmonisation, ce principe, on l'a vu, conduit à une discrimination à rebours des personnes qui n'ont pas fait valoir leur droit à la libre circulation. L'idée est donc de faire pression sur les cantons par le fait que leurs réglementations, remises en cause par les actions en justice de particuliers, ne touchent plus les offreurs externes. De cette manière, elles perdent une part de leur raison d'être puisqu'elles ne protègent plus véritablement l'accès au marché. Mais en plus, comme elles ne concernent désormais plus que les ressortissants internes, elles discriminent ces personnes par rapport aux offreurs externes. Toutefois, dans la mesure où cette logique d'harmonisation ne fonctionnait pas, les effets négatifs seraient essentiellement supportés par les particuliers. Il y a un problème à mettre ainsi de côté le droit des personnes à disposer d'un traitement égal de la part de l'Etat sous prétexte que l'on veut construire un marché intérieur.

La nécessité d'avoir un marché intérieur a son prix. La préservation de la souveraineté cantonale également. La prise en compte de différents intérêts justifiait l'utilisation d'un principe de « soft law » comme celui de la reconnaissance mutuelle. L'expérience a néanmoins montré qu'on ne pouvait assurer l'efficacité de la LMI en se limitant à ne formuler que des règles générales et abstraites. Le législateur fédéral a compris qu'une certaine intervention étatique était ainsi nécessaire. C'est une préoccupation qui est certainement présente à l'esprit de différents acteurs politiques et administratifs fédéraux. Par exemple, le conseiller pour les questions de politique

⁷⁰ Cela pourrait être le cas des professions de médecines alternatives dont la pratique est libre dans plusieurs cantons (JU, NE, VS, TI, LU, UR, ZG), est soumise à autorisation dans d'autres (AR, AI, BE, BL, BS, GR, SG, SH, TG) ou encore réservée aux seuls médecins (AG, FR, GE, GL, SO, SZ, NW, OW, VD, ZH).

économique de Joseph Deiss insiste sur le fait qu'« Il faut bien voir qu'une application efficace des principes régissant le marché intérieur exige la mise en place d'instruments appropriés » (Zürcher et Zwald 2004 : 8), comme le droit de recours de la Comco. La Commission de gestion du Conseil national (2000 : 5611) avait déjà remarqué à l'époque dans son rapport qu'« une politique de dérégulation doit non seulement être voulue, mais être imposée par les pouvoirs publics. D'où le paradoxe que plus l'Etat est doté d'un réel pouvoir d'intervention, plus les marchés sont susceptibles de fonctionner sans entraves ».

Cette intervention des instances étatiques se manifeste clairement dans cette seconde phase de la construction du marché intérieur qu'est la révision de la LMI. L'impulsion est à nouveau donnée par le politique, reléguant à l'arrière-plan, temporairement du moins, l'importance des instances judiciaires jusqu'ici prépondérantes dans la réalisation du marché intérieur. Il faut bien voir que cette révision s'inscrit dans un cadre plus général de réformes. Nous ne sommes en effet plus dans les années 1990. Dans une certaine mesure, avec l'échec de la LMI, c'est une partie du programme de « régénération » lancé en 1993 qui a été remise en cause. Certains vont jusqu'à dire qu'il a manqué à ses objectifs (Mayer 2004 : 32). Ce qui est certain toutefois, c'est qu'il n'a pas produit tous les effets escomptés. Aujourd'hui, si le projet de révision de la LMI est prêt à passer devant les Chambres, le débat actuel est plus large et tourne autour d'une sorte de nouveau « programme de régénération ». Le 18 février 2004, le Conseil fédéral a en effet adopté un ensemble de dix-sept mesures qui ont pour but de dynamiser la croissance en Suisse. La révision de la LMI est seulement l'une de ces mesures. En réalité, la LMI reste limitée dans son champ d'application ; elle se rapproche au fond d'une loi sur la libre circulation, censée assurer la mobilité professionnelle. Dans leur volonté de libéraliser l'économie suisse, les autorités fédérales n'entendent ainsi pas s'arrêter là. Brunetti (2004 : 17) le dit dans la revue *La Vie économique*: « Le programme de marché intérieur, qui fait partie du train de mesures pour la croissance [...] compte, outre la LMI, des projets de réforme dans les domaines de la santé, de l'agriculture, des marchés publics, du marché de l'électricité et d'autres marchés de prestation de services ». Dans le même numéro, Balastèr (2004 : 22-25) mentionne ainsi la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, l'élaboration d'une loi régissant la distribution de l'électricité, la révision de la loi sur l'assurance-maladie, l'extension de l'accord de libre circulation des personnes aux nouveaux pays membres de l'UE ou encore la réforme de l'agriculture par la « Politique agricole 2011 ». On peut également ajouter dans le domaine du gouvernement d'entreprise, la révision du droit des sociétés anonymes et la réforme de l'imposition des sociétés.

Ainsi pour l'instant, la construction du marché intérieur va se poursuivre par la révision de la LMI. Mais d'autres mesures sont prévues et agencées dans l'optique d'approfondir le marché intérieur en Suisse et de libéraliser son économie. Cependant, si une libéralisation du marché intérieur peut être bénéfique lorsqu'il

s'agit de la coordination des différentes conditions d'accès aux marchés régionaux, nous sommes en face d'autres questions, à chaque fois particulières et spécifiques, lorsqu'il s'agit d'étendre les réformes à de nouveaux secteurs. En paraphrasant Mach (2004), nous pourrions dire que l'on ne saurait – cela s'applique également au nom de l'Union européenne – accepter n'importe quelle mesure de libéralisation au nom du marché intérieur.

3.6 L'action jurisprudentielle du Tribunal fédéral dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité : le cas des Entreprises Electriques Fribourgeoises

Il est un autre domaine que celui du marché intérieur où le Tribunal fédéral a été confronté à la perspective d'une libéralisation intérieure ayant des répercussions sur des éléments de la souveraineté cantonale. Dans le secteur de l'électricité, le Tribunal fédéral a dû ainsi trancher la question de savoir si des producteurs tiers avaient le droit d'utiliser le réseau de distribution de l'entreprise électrique cantonale pour fournir directement les consommateurs finaux, concurrençant dès lors cette dernière dans l'approvisionnement d'énergie électrique de la région desservie. Les juges de Mon Repos sont arrivés à la conclusion qu'il était possible d'opérer une ouverture en ce sens du marché de l'électricité. Contrairement au cas de la libéralisation du marché intérieur, le Tribunal fédéral a favorisé ici le principe de la concurrence sur le principe de la souveraineté cantonale. Si l'on compare les deux situations, cette décision se différencie de l'attitude antérieure du Tribunal fédéral sur le marché intérieur qui privilégiait une réponse préservant les prérogatives cantonales.

Il nous a semblé intéressant de présenter un cas où le Tribunal fédéral optait précisément pour une option différente de celle qui a prévalu dans le contexte du marché intérieur. Cette attention résulte de l'étonnement à voir deux situations relativement semblables déboucher sur des résultats aussi divergents. Pour un juriste, ces traitements différents sont évidents à expliquer. Il n'y a pas lieu de s'étonner puisqu'ils ne peuvent provenir que de bases légales, à appliquer et à interpréter, qui ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Par conséquent, d'un point de vue juridique, ces situations ne sont pas identiques, ni même suffisamment semblables pour déboucher sur une décision similaire. Nous comprenons cet aspect qui, sur un plan légal et formel, nous semble justifié. Toutefois, il est raisonnable de penser que d'autres considérations que celles purement formelles peuvent également entrer en ligne de compte dans ce genre de situation.

Dans ce chapitre, après avoir présenté en quelques mots les faits, nous exposerons l'argumentation principale du Tribunal fédéral avancée dans l'arrêt du 17 juin 2003. Dans un deuxième temps, nous reviendrons sur cette argumentation pour essayer d'apporter quelques éléments critiques, avec l'idée que les décisions juridiques sont imbriquées dans les processus politiques. Mais nous ne discuterons pas du bien-fondé juridique de l'argumentation de la Cour ; ceci n'est pas notre but.

Enfin nous essaierons, à titre d'hypothèses, de proposer quelques pistes qui pourraient expliquer la conduite particulière du Tribunal fédéral dans les domaines du marché intérieur et du marché de l'électricité.

La Fédération des Coopératives Migros (Migros) possède deux filiales dans le canton de Fribourg qui sont approvisionnées en énergie électrique par les Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF). En 1999, Migros conclut un contrat d'approvisionnement en électricité avec Watt Suisse AG (Watt) et demanda de faire transiter le courant acheté à Watt par le réseau exploité par EEF afin d'approvisionner ses deux filiales. EEF refusa cette demande. Watt et Migros réclamèrent alors à la Comco d'ouvrir une enquête contre EEF sur la base de la Loi fédérale de 1995 sur les cartels (LCart ; RS 251). Elles pensaient que le refus d'EEF constituait « une pratique illicite de la part d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'article 7 LCart » (Tribunal fédéral 2003 : 926). EEF se justifia en s'appuyant sur l'article 3 alinéa 1 LCart⁷¹ qui prévoit une exception à l'application de la Loi sur les cartels lorsque des prescriptions établissent un régime de marché particulier pour certains biens et services. EEF disposerait ainsi d'un monopole de droit pour l'approvisionnement en électricité dans la région desservie. La Comco conclut dans sa décision du 5 mars 2001 que EEF « jouissait d'une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart » dans les zones concernées et qu'« ayant refusé de faire transiter l'électricité de Watt AG sur son réseau [...], la société EEF avait abusé et continuait d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 7 LCart » (Tribunal fédéral 2003 : 928). EEF recourut contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (Commission de recours) mais cette dernière refusa également sa demande. EEF déposa alors un dernier recours au Tribunal fédéral le 18 octobre 2002 pour faire annuler la décision de la Commission de recours.

L'essentiel de l'argumentation du Tribunal fédéral s'articule en trois parties qui répondent chacune à une question principale. Premièrement, la législation sur les cartels est-elle applicable aux entreprises d'approvisionnement en électricité et au domaine de l'acheminement de l'électricité ? Deuxièmement, existe-t-il sur le plan fédéral ou sur le plan cantonal fribourgeois des prescriptions qui excluent le secteur de l'électricité de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart ? Enfin, les instances inférieures, à savoir la Commission de la concurrence et la Commission de recours, ont-elles admis avec raison que le comportement d'EEF violait l'article 7 LCart ?

⁷¹ Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens et 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

A la première question, les juges fédéraux répondent par l'affirmative. Si l'approvisionnement en électricité a longtemps été soustrait à la concurrence, la loi fédérale de 1995 sur les cartels se démarque en la matière des législations précédentes et tend à s'appliquer par son article 2 aussi aux entreprises de droit public et par là-même aux entreprises publiques, du moment qu'elles possèdent la personnalité juridique. Le fait que la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur le marché de l'électricité (LME) aurait exclu, en tant que *lex specialis*, l'application de la loi sur les cartels (de même que la compétence de la Comco sur ces questions) n'y change rien. Pour le Tribunal fédéral (2003 : 937-938), « l'application de la loi sur les cartels au secteur de l'électricité ne saurait être écartée du seul fait qu'une loi spéciale – qui aurait voulu créer dans ce domaine un régime s'écartant de la loi sur les cartels – n'a finalement pas été adoptée. Au contraire, cette situation doit précisément conduire à appliquer la loi sur les cartels ainsi qu'il en va en l'absence d'une réglementation spéciale dérogatoire ».

On peut toutefois arguer que l'ouverture forcée du marché de l'électricité résultant d'une décision de la Comco qui fait recours à la loi sur les cartels est contraire à la volonté populaire exprimée lors du référendum sur la LME. S'appuyant sur une interprétation historique, le Tribunal fédéral (2003 : 938) souligne que la position du Conseil fédéral, lors des débats parlementaires et dans ses recommandations de vote sur la LME, consistait à dire qu'en l'absence d'une législation spéciale, ce serait les règles ordinaires de la concurrence qui s'appliqueraient et qu'il était fort possible que l'ouverture du marché de l'électricité s'opère à travers la loi sur les cartels. Citant le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral (2003 : 938) écrit qu'un « rejet de la loi [LME] ne permettrait pas de stopper l'ouverture du marché mais aurait pour effet de livrer l'approvisionnement en électricité [...] aux aléas du marché libre ». C'est ici que l'argumentation devient des plus subtiles parce que purement formelle et légaliste. Aux yeux des juges fédéraux, le peuple devait savoir qu'en refusant la LME il n'interdirait pas la libéralisation de l'approvisionnement en l'électricité. Le peuple devait également savoir qu'un tel rejet pourrait conduire à une libéralisation incontrôlée et fragmentée si des recours étaient portés à la Comco. Bref, « le rejet de cette loi par le peuple est donc intervenu en toute connaissance de cause » (Tribunal fédéral : 938). Dès lors, le refus de la LME ne peut servir à justifier une non application de la loi sur les cartels dans le but de permettre l'accès de tiers au réseau de distribution électrique d'un concurrent.

A cet instant, la législation sur les cartels est en principe applicable à l'acheminement du courant électrique, sous réserve de l'existence de prescriptions qui excluent de la concurrence le secteur de l'électricité conformément à l'article 3 alinéa 1 LCart⁷². La deuxième partie de l'argumentation du Tribunal fédéral cherche

⁷² Cet article établit deux sortes de réserves (voir note précédente). La première qui établit un régime de marché ou de prix de caractère étatique exclut presque totalement la concurrence dans le secteur donné. La seconde prévoit une exception à la concurrence, soit en donnant à l'entreprise une

alors à répondre à la question de savoir s'il existe aux niveaux fédéral ou cantonal de telles dispositions. Cette partie est au cœur de l'argumentation de la Cour. Elle contient plusieurs éléments dont nous avons essayé de faire ressortir les aspects les plus importants.

Sur le plan fédéral, le Tribunal fédéral concentre son attention sur différents articles de quatre lois⁷³. Dans aucune de ces lois, les juges n'ont pu trouver de prescriptions qui excluent, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, la concurrence du secteur de l'électricité et en particulier l'approvisionnement électrique par des tiers sur les réseaux de distribution existants. De plus, si dans certains cas, on voulait voir un monopole en faveur de la collectivité publique, il ne concernerait pas la fourniture d'électricité mais uniquement l'installation d'un réseau de transport (Tribunal fédéral 2003 : 944). On remarquera qu'aucune de ces lois ne touche directement le domaine concerné qui est la fourniture et la distribution d'électricité. En effet, la Confédération n'a pas encore utilisé sa compétence à légiférer dans ce domaine. Ce sont donc les législations cantonales qui réglementent toujours la fourniture et la distribution d'électricité.

Concernant l'examen au niveau cantonal, les juges vont devoir considérer la situation juridique sur la base de deux lois sur les EEF, celle de 1998 et celle de 2000. En effet, la loi de 1998 sur les EEF était en vigueur lors de la décision de la Comco et la loi de 2000 sur les EEF, lors de la décision de la Commission de recours. Or, si le Tribunal fédéral examine la légalité de la décision de la Comco en se référant uniquement à la loi de 1998 sur les EEF, la Comco pourrait, en cas d'annulation de cette décision, immédiatement rendre une nouvelle décision sur la base de la loi de 2000 sur les EEF. Le Tribunal fédéral veut éviter cette situation.

La loi de 1998 sur les EEF a retenu le plus l'attention du Tribunal fédéral. Lors de son analyse, les juges fédéraux ont tenté principalement de déterminer si, d'une part, le droit cantonal accordait à EEF une position juridique particulière, notamment une position monopolistique et si, d'autre part, la tâche d'approvisionnement en électricité exigée par la présente loi à la recourante excluait la concurrence.

position concurrentielle particulière, soit en permettant une exception à la concurrence dans un domaine d'activité particulier de l'entreprise. De là découle la distinction entre « le domaine d'activité étatique à caractère d'entreprise, soumis au droit de la concurrence, et le domaine relevant de la puissance publique, soustrait au droit de la concurrence » (Tribunal fédéral 2003 : 940). Par ailleurs, le Tribunal fédéral (2003 : 940) ajoute que selon la volonté du législateur qui, en adoptant la loi sur les cartels de 1995, voulait appliquer de manière plus claire qu'auparavant la législation sur les cartels aux entreprises publiques, il est normal d'admettre une restriction plutôt restrictive au principe de la concurrence inscrite à l'article 3 alinéa 1 LCart. Dès lors, « Le simple fait d'attribuer une tâche à l'Etat ou à une entreprise étatique ne signifie encore pas que le domaine en cause soit exclu de la concurrence ».

⁷³ La loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (LIE ; RS 734.0), la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH ; RS 721.80), la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEn ; RS 730.0) et la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

Selon le Tribunal fédéral, une position monopolistique au profit d'EEF pourrait exister à travers les tarifs d'électricité exercés par cette entreprise. Ces tarifs pourraient en effet constituer un régime de prix de caractère étatique au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Pour cela, ils doivent être tout d'abord de caractère étatique. De plus, EEF doit justifier un monopole pour la fourniture d'électricité ; faute de quoi, il est possible, théoriquement du moins, que d'autres fournisseurs – s'ils avaient accès au réseau de la recourante, ce que le Tribunal fédéral cherche précisément à déterminer dans cet arrêt⁷⁴ – soient actifs dans la région desservie et appliquent normalement leurs propres prix puisque, pour eux, les prix de l'électricité sont libres. Les prix fixés par l'Etat ne seraient valables que pour EEF et on ne pourrait plus parler d'une réglementation exhaustive des prix, c'est-à-dire de régime de prix de caractère étatique. Les juges de Mon Repos veulent bien voir dans les tarifs d'EEF des prix fixés par l'Etat⁷⁵. Toutefois, ils ne trouvent pas dans la législation un monopole quant à la fourniture d'électricité. Ils considèrent que « même si l'on voulait voir dans cette disposition [l'article 56 alinéa 1 et 2 de la loi fribourgeoise du 4 février 1972 sur le domaine public] un monopole de droit en faveur de la recourante, celui-ci ne pourrait porter que sur l'utilisation des forces hydrauliques du canton de Fribourg. Or cela ne saurait créer un monopole de droit pour la livraison [la fourniture] de l'électricité aux consommateurs finaux [...] » (Tribunal fédéral 2003 : 950).

Cela dit, personne ne conteste qu'EEF dispose d'un monopole de fait dans la distribution et la fourniture d'électricité dans la mesure où les autres fournisseurs doivent emprunter son réseau pour livrer les consommateurs. Selon le Tribunal fédéral, ce monopole de fait ne suffit pas toutefois à exclure de la concurrence le secteur en cause. Sur ce sujet, la doctrine demande en effet un monopole de droit. Or ce monopole de fait ne découle ni de la loi sur les EEF ni même du droit d'utilisation du domaine public. En effet, ce droit règle uniquement l'usage du domaine public en vue de la construction d'un réseau électrique. En revanche, il ne dit rien sur l'utilisation de ce dernier⁷⁶. Par conséquent, la livraison du courant électrique ne saurait pour cette raison être exclue de la concurrence.

La seconde interrogation dans cette analyse de la loi de 1998 sur les EEF concerne l'obligation faite à la recourante d'approvisionner en électricité le territoire desservi. L'attribution d'une tâche d'approvisionnement par un canton ou une commune est parfois considérée comme une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1

⁷⁴ Le raisonnement du Tribunal fédéral semble être tautologique. Une autre possibilité est que ces autres fournisseurs aient leur propre réseau ou la possibilité d'en construire un.

⁷⁵ Une majorité de membres du conseil d'administration d'EEF est nommée par les autorités cantonales, Grand Conseil ou Conseil d'Etat.

⁷⁶ Le Tribunal fédéral (2003 : 952) donne un exemple d'une situation similaire. « le monopole d'affichage résultant de la haute police de la collectivité publique sur son domaine public [...] ne signifie nullement que seule la collectivité publique puisse faire de la publicité sur les emplacements qu'elle gère ; au contraire, des supports doivent être mis à disposition pour la publicité privée ».

LCart. Le Tribunal (2003 : 953) remarque toutefois que « Le simple fait de charger une entreprise d'une tâche d'intérêt public ne justifie une dérogation légale à la concurrence que si ce mandat légal est lié à un monopole, comme par exemple dans le cas de la Société suisse de radiodiffusion et télévision [...] ou s'il doit raisonnablement être interprété comme un monopole. [...]. En l'absence de règles claires, le critère essentiel doit être celui de savoir si la soumission d'un secteur donné à la loi sur les cartels ferait obstacle à l'accomplissement de la tâche d'intérêt public impartie par la loi à une entreprise ».

L'obligation d'assurer l'approvisionnement en énergie électrique est une tâche d'intérêt public. La loi ne précise toutefois pas la manière dont cette mission doit être effectuée par EEF. On ne peut surtout pas déduire de cette dernière qu'EEF aurait le droit exclusif de fournir de l'électricité par l'intermédiaire des installations installées et exploitées par elle. Par ailleurs, environ la moitié de l'électricité circulant sur son réseau provient de l'achat d'énergie à des producteurs tiers. EEF ne produit pas suffisamment à elle seule pour couvrir les besoins d'électricité dans leur ensemble. On pourrait, selon le Tribunal fédéral, très bien imaginer supprimer cet achat intermédiaire par EEF et laisser les producteurs livrer directement les consommateurs à travers le réseau existant.

Cette solution n'est pas acceptable aux yeux de la recourante. Elle nécessiterait de revenir sur sa pratique d'acheter, auprès de ses fournisseurs, de l'électricité pour de longues périodes. En effet, si des tiers pouvaient fournir directement les clients, EEF verrait certainement une diminution de ses ventes d'électricité et devrait, pour faire face à cette concurrence, abandonner l'idée d'acheter en quantité de l'électricité. Elle s'orienterait alors vers une vente au détail afin de s'assurer de pouvoir revendre toute l'électricité précédemment achetée. Cette solution passerait ainsi par une réduction des réserves d'électricité. Or cette pratique ne lui semble pas compatible avec la tâche d'intérêt public qui lui a été confiée.

Le Tribunal fédéral répond que conclure des conventions d'approvisionnement de longue durée pour disposer de réserves d'énergie en quantité suffisante n'est pas imposée par la loi mais résulte de l'évaluation propre d'EEF. Conformément à la loi sur l'énergie, un approvisionnement sûr en électricité peut également résulter du fait que *plusieurs* producteurs puissent livrer leur électricité par le biais du réseau de la recourante. Malgré tout, le Tribunal fédéral doit admettre qu'il existe certains risques. Il relève notamment que la nécessité d'investissements de départ importants dans le domaine de l'approvisionnement d'électricité de même que la nécessité de disposer d'une capacité de réserve suffisante compte tenu des variations de la demande constituent « des circonstances particulières qui sont de nature à conduire à une autre conclusion [...]. Il n'est pas totalement exclu que, dans certaines conditions du marché particulières, aucun fournisseur ne soit prêt ou en mesure de livrer de l'électricité. En pareilles circonstances, il pourrait exister un besoin

d'approvisionnement en électricité qui ne serait pas assuré par les lois du marché. De telles considérations d'ordre politique pourraient éventuellement justifier l'exclusion de la concurrence » (Tribunal fédéral 2003 : 955).

Cependant, le Tribunal fédéral (2003 : 955) conclut que « selon la conception qui est à la base de la loi sur les cartels, elles [les considérations d'ordre politiques] ne seraient déterminantes que si elles avaient été concrétisées dans des prescriptions adoptées par les pouvoirs publics en vertu de l'article 3 alinéa 1 LCart. Or, comme on l'a vu plus haut, il n'existe pas de telles prescriptions dans la loi de 1998 sur les EEF ». De là, les juges fédéraux estiment qu'« Il n'est pas établi que la tâche d'approvisionnement confiée par la loi ne pourrait plus être remplie si les tiers avaient accès au réseau de la recourante » (Tribunal fédéral 2003 : 956). Par conséquent, la tâche d'approvisionnement confiée à EEF n'interdit pas l'accès de tiers au réseau de la recourante. Dès lors, rien dans la loi de 1998 sur les EEF ne peut servir à exclure de la concurrence le secteur de l'électricité.

La loi de 2000 sur les EEF visait à préparer EEF à la prochaine ouverture du marché de l'électricité. Le Tribunal fédéral n'y a trouvé aucune prescription permettant d'interdire l'accès de tiers au réseau exploité par EEF. En conclusion, il n'y a pas dans la législation cantonale de prescriptions excluant l'application de la loi sur les cartels au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. L'application de la loi sur les cartels est donc justifiée. Le fait qu'une nouvelle loi cantonale sur l'approvisionnement en énergie électrique – qui prévoit d'exclure les tiers de la fourniture d'électricité – est en préparation n'y change rien car elle n'est pas applicable en ce moment. Cependant, si cette loi devait instaurer un monopole de droit en faveur d'EEF, il conviendrait alors de revoir la situation juridique au moment de son entrée en vigueur. Il faudrait également vérifier qu'une telle décision entre dans les compétences du canton de Fribourg et ne soit pas contraire au droit supérieur.

Enfin, dans une dernière partie, les juges fédéraux doivent déterminer si la Comco et la Commission de recours ont admis avec raison que le comportement d'EEF violait l'article 7 LCart. Les conditions d'application de cet article exigent qu'une entreprise domine le marché et entrave l'accès à la concurrence ou son exercice des autres entreprises ou encore désavantage les partenaires commerciaux. De plus, l'entrave à la concurrence n'étant pas illicite en soi, elle doit résulter de l'abus de cette position dominante. Toutes ces conditions sont remplies de sorte que la loi sur les cartels a été correctement appliquée⁷⁷. Par conséquent le Tribunal fédéral rejette le recours d'EEF.

⁷⁷ Il n'est pas contesté qu'EEF soit une entreprise. Elle domine le marché en question dans la mesure où elle contrôle directement les installations de transport du courant et peut ainsi se comporter de manière indépendante par rapport aux autres offreurs. EEF reconnaît avoir refusé l'accès de son réseau à un concurrent. Elle entrave ainsi la concurrence, et ceci, même si Watt est dans l'impossibilité d'accéder au réseau d'EEF. Enfin, l'entrave exercée par EEF résulte d'un abus de sa

La décision du Tribunal fédéral a pour effet de confirmer le jugement de la Comco. Cela dit, la loi sur les cartels permet un ultime recours. En vertu de l'article 8 LCart, le Conseil fédéral peut, sur demande des entreprises concernées, autoriser exceptionnellement des accords en matière de concurrence reconnus illicites, si ces accords sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. EEF a déposé une telle requête et a demandé également l'octroi de mesures provisionnelles lui permettant de ne pas mettre en œuvre la décision de la Comco jusqu'à la décision finale du Conseil fédéral. Le Département fédéral de l'économie a refusé cette demande. A l'heure actuelle, EEF doit alors appliquer la décision de la Comco mais attend la décision sur le fond du Conseil fédéral. Malgré cela, l'arrêt du Tribunal fédéral laisse cependant plusieurs points en suspens. Il ne faut en tout cas pas y voir une ouverture générale du marché de l'électricité. Comme l'écrivent Maillard, Müller et Steiner (2004 : 4), « la décision du TF a été sans conséquence pratique. Il manque trop de normes sur l'utilisation des réseaux pour qu'un marché se réalise simplement sur la base de cette décision juridique absurde ». En effet, ce jugement ne donne pas de réponse précise quant au montant à payer pour utiliser un réseau qui n'appartient pas au fournisseur d'électricité. Par ailleurs, cette décision ne s'appliquera pas à d'autres cantons ou aires de desserte. Là de nouvelles procédures seront nécessaires⁷⁸.

Le tableau ci-dessous reprend les principaux éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le marché intérieur et le marché de l'électricité pour en faire la synthèse.

position puisque EEF le fait sans justification objective, avec la volonté manifeste d'exclure un concurrent sans que ce dernier puisse recourir à une solution de remplacement.

⁷⁸ Voir par exemple sur le site de l'Office fédéral de l'énergie (www.suisse-energie.ch) : l'en-tête Faits, chiffres et technologies puis marché de l'énergie et marché de l'électricité.

<p>Jurisprudence du TF sur la LMI</p> <p>Exclusion de la liberté d'établissement</p> <p>- Les principes régissant le libre accès au marché (art. 2 LMI) sont valables uniquement pour la libre circulation des marchandises, des services et des prestations de travail dans le cadre de rapports intercantonaux. Ici s'applique le principe du lieu de provenance. (ATF 125 I 267, cons. 3b ; ATF 125 I 276, cons. 4 ; ATF 125 I 322, cons. 2b-c ; ATF du 6 juillet 1999, SJ 2000 I 177, cons. 4e).</p> <p>- La liberté d'établissement professionnel est exclue du champ d'application de la loi.</p> <p>Justification du TF:</p> <ol style="list-style-type: none">1. dès qu'il faut s'établir dans un canton pour exercer une activité, il ne s'agit plus d'une question de libre circulation intercantonale, mais d'une problématique interne au canton. (ATF 125 I 322, cons. 2b ; ATF 125 I 276, cons. 4b ; ATF 125 I 267, cons. 3b).2. accepter que le principe du lieu de provenance soit valable pour les cas d'établissement est contraire au principe de l'étendue territoriale des ordres juridiques cantonaux. (ATF 125 I 322, cons. 2c ; ATF 125 I 276, cons. 4c ; ATF du 6 juillet 1999, in SJ 2000 I 177, cons. 4f).3. inclure la liberté d'établissement dans le champ d'application de la LMI revient à accepter des discriminations à rebours au sein des cantons. (ATF 125 I 276, cons. 4e et ATF du 6 juillet 1999, in SJ 2000 I 267, cons. 4f). <p>Le régime de restrictions à la liberté d'accès au marché</p> <p>- Le Tribunal fédéral a opté pour une interprétation souple du régime de restrictions à la liberté d'accès, qui conduit à rejeter toute idée d'équivalence des législations cantonales et à autoriser l'accès au marché uniquement dans les situations où les niveaux de protection sont strictement identiques.</p> <p>Jurisprudence en contradiction flagrante avec l'ATF 125 I 335 : ici le TF a décidé que, si la législation sur la santé du canton de ZH est en droit d'interdire l'exercice de l'acupuncture à titre indépendant, le refus d'accorder une autorisation partielle pour l'exercice de cette activité de même</p>	<p>Jurisprudence du TF dans le cas EEF</p> <p>Application de la LCart aux entreprises d'approvisionnement en électricité ?</p> <p>- La loi fédérale sur les cartels de 1995 se démarque des législations précédentes et tend à s'appliquer, par son article 2, aussi aux entreprises de droit public, et par là-même, aux entreprises publiques, du moment qu'elles possèdent la personnalité juridique.</p> <p>L'ouverture forcée du marché de l'électricité, résultant d'un recours à la LCart, est-elle contraire à la volonté populaire exprimée lors du référendum sur la LME?</p> <p>S'appuyant sur une interprétation historique qui reprend les considérations du Conseil fédéral, le TF (2003 : 938) écrit qu'un « rejet de la loi [LME] ne permettrait pas de stopper l'ouverture du marché mais aurait pour effet de livrer l'approvisionnement en électricité [...] aux aléas du marché libre ». Le peuple devait avoir conscience de cet aspect des choses. « le rejet de cette loi par le peuple est donc intervenu en toute connaissance de cause » (Tribunal fédéral : 938).</p> <p>Existence de prescriptions, fédérales ou cantonales, excluant le secteur de l'électricité de la concurrence au sens de l'article 3 al.1 LCart ?</p> <ul style="list-style-type: none">- sur le plan fédéral : aucune prescription- sur le plan cantonal : deux lois à considérer <p>Loi sur les EEF de 1998 :</p> <ol style="list-style-type: none">1. le droit cantonal accorde-t-il à EEF une position monopolistique ? Les tarifs pratiqués par EEF constituent-ils un régime de prix de caractère étatique (au sens de l'article 3 al.1 LCart) ? <p>Non, car il n'y a pas de monopole de droit sur la fourniture d'électricité ; un monopole de fait ne suffit pas, selon la</p>
--	--

<p>que la limitation de cette profession aux seuls détenteurs d'un diplôme de médecine est en revanche disproportionnée.</p> <p>Les certificats de capacité cantonaux</p> <p>- Par l'expression « certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal », il faut entendre les certificats et diplômes obtenus en Suisse. Par conséquent, les diplômes étrangers sont exclus de la reconnaissance automatique des diplômes, même s'ils ont déjà été reconnus par d'autres cantons. (ATF 125 I 267, cons. 3e)</p> <p>Justification du TF :</p> <p>Même si l'expression de l'avant-projet « certificats obtenus en Suisse » a été remplacée par la formulation « certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal », elle conserve néanmoins sa portée afin de ne pas apporter une modification matérielle à la loi.</p> <p>- La reconnaissance automatique des certificats de capacité cantonaux (art. 4 LMI) « vise avant tout les métiers reconnus et en principe autorisés dans tous les cantons » (ATF 125 I 322, cons. 4b). Les cantons ne sont pas obligés, sur la base de l'article 4 LMI, d'admettre l'exercice de professions qui ne sont pas prévues comme telles par leur législation, même si ces professions, soumises à l'obtention d'un certificat de capacité cantonal, sont reconnues dans d'autres cantons.</p> <p>Justification du TF :</p> <p>La présomption d'équivalence des conditions d'exercice d'une activité lucrative n'est valable que pour les conditions personnelles telles que l'honorabilité ou la confiance mais ne s'applique pas aux autres conditions d'exercer. (ATF 125 I 322, cons. 4b).</p>	<p>doctrine.</p> <p>2. la tâche d'approvisionnement en électricité exigée par la loi à EEF exclut-elle la concurrence ?</p> <p>En l'absence d'un monopole, le critère est de « savoir si la soumission d'un secteur donné à la loi sur les cartels ferait obstacle à l'accomplissement de la tâche d'intérêt public impartie par la loi à une entreprise » (Tribunal fédéral 2003 : 953).</p> <p>Le TF reconnaît qu'il peut exister un risque que l'approvisionnement en électricité ne soit plus assuré mais il s'agit de considérations d'ordre politique qui ne trouvent aucune concrétisation dans la législation. Ainsi, « Il n'est pas établi que la tâche d'approvisionnement confiée par la loi ne pourrait plus être remplie si les tiers avaient accès au réseau de la recourante » (Tribunal fédéral 2003 : 956).</p> <p>Loi sur les EEF de 2000 :</p> <p>aucune prescription ne permet d'interdire l'accès de tiers au réseau d'EEF.</p> <p>La Comco et la Commission de recours ont-elles admis avec raison que EEF violait l'article 7 LCart?</p> <p>Pour le Tribunal fédéral, ces deux instances ont appliqué correctement l'article 7 LCart.</p>
---	--

Sans entrer dans des considérations juridiques, nous aimerions relever les éléments suivants avant de proposer quelques hypothèses qui pourraient expliquer l'attitude divergente du Tribunal fédéral concernant le marché intérieur et le marché de l'électricité. Il convient tout d'abord de revenir sur l'opportunité d'appliquer la loi sur les cartels au marché de l'électricité. L'approvisionnement des consommateurs en électricité a longtemps été soustrait de la concurrence. Les collectivités publiques ont en effet octroyé habituellement à une entreprise unique le droit de construire des lignes électriques sur le domaine public de telle sorte que seule cette dernière pouvait installer et exploiter un réseau. Les juges de Mon Repos n'avaient pas accepté, par exemple, d'appliquer l'ancienne loi sur les cartels aux entreprises électriques, « étant donné que celles-ci exécutaient une tâche d'intérêt public et ce, quand bien même

elles revêtaient la forme d'une société anonyme de droit privé » (Tribunal fédéral 2003: 934). Cependant, avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels, le droit de la concurrence s'appliquerait aussi au domaine de l'électricité selon la doctrine majoritaire. Le Tribunal fédéral justifie promptement cette position en avançant l'argument que la loi sur les cartels de 1995 soumet, d'une manière plus forte que les lois antérieures, les activités économiques étatiques à la concurrence. Elle s'applique notamment aux entreprises de droit public et n'exclut pas explicitement le domaine de l'électricité de son champ d'application. Si l'on adopte le raisonnement du Tribunal fédéral, cela signifie que le marché de l'électricité est libéralisé (potentiellement) depuis dix ans. On peut alors se demander pour quelles raisons personne n'a eu recours à cette loi avant ces dernières années pour ouvrir le marché de l'électricité. Une explication possible passe selon certains par le fait que la loi sur les cartels n'a pas été « inventée pour ce secteur » (Maillard, Müller et Steiner 2004 : 4). De plus, pour ces mêmes auteurs, « Les débats parlementaires de l'époque montrent que la création de ces infrastructures sous la forme de monopoles locaux a été consciente » (Maillard, Müller et Steiner 2004 : 4). Mais avec l'ouverture prochaine des marchés de l'électricité des pays européens, qui n'est en fait qu'une facette d'un processus plus large de libéralisation, le recours à la loi sur les cartels pouvait ainsi constituer une voie indirecte vers la libéralisation du secteur de l'électricité en Suisse, surtout après le rejet de la LME⁷⁹.

Quoi qu'il en soit, il reste cependant difficile de déterminer avec certitude les raisons profondes qui ont amené le Tribunal fédéral à agir de la sorte. En tout cas, les juges, lorsqu'ils prennent une décision, ne vivent pas hors du temps. Ils peuvent être amenés, aussi malgré eux, à interpréter le droit selon des considérations qui ne relèvent pas nécessairement de la science juridique. Ils seront de toute manière influencés par les débats contemporains, spécialement dans les cas où différentes normes légales entrent en conflit et qu'un choix doit être effectué entre elles. Par exemple, sur la question de savoir si la tâche d'approvisionnement en électricité exigée par la loi à EEF exclut la concurrence, le Tribunal fédéral se fixe comme critère décisif la pérennisation de cette obligation. Si l'application de la loi sur les cartels fait obstacle à l'accomplissement de la tâche d'approvisionnement alors la concurrence doit être exclue du domaine en question. Or le Tribunal fédéral souligne lui-même l'existence de certains risques qui pourrait remettre en question l'accomplissement de cette tâche. Pourtant il n'en conclut pas une exclusion de la concurrence. Pourquoi ? Parce que selon d'autres dispositions, il est nécessaire que ces considérations sur les risques soient concrétisées dans une législation. Sauf si

⁷⁹ D'un point de vue juridique, certains ont tenu pour « incertain, à la lumière du principe de la légalité, que l'obligation d'acheminement d'électricité puisse être imposée sur la base de la loi sur les cartels » (Tribunal fédéral 2003 : 936). Ces personnes se demandent si l'ouverture du marché de l'électricité « ne constitue pas une décision si importante qu'elle ne pourrait être démocratiquement prise que par le législateur fédéral » (Tribunal fédéral 2003 : 936).

l'une de ces dispositions primait sur l'autre, le Tribunal a favorisé la seconde dimension par rapport à la première.

En somme, les instances judiciaires doivent tenter de régler des conflits en basant leur argumentation, tant que faire se peut, sur le droit. Toutefois, on ne peut nier que, comme on vient de le voir, cette assise sur le droit a ses limites. Une autre limite découle aussi d'une perspective trop légaliste ou formelle. En effet, on comprend bien que le Tribunal fédéral doive se prononcer par rapport à des règles juridiques mais cette exigence, poussée trop loin, peut parfois déboucher sur une solution assez douteuse. Nous pensons, par exemple, au passage dans lequel le Tribunal « démontre » que le peuple suisse, en refusant la LME, n'indiquait pas une volonté de ne pas libéraliser le marché de l'électricité et qu'ainsi « l'ouverture forcée du marché de l'électricité » (Tribunal fédéral 2003 : 936) impliquée par la Comco n'est en rien contraire à la volonté populaire. En effet, selon l'adage « nul n'est censé ignorer le droit », le peuple savait qu'en rejetant la LME la loi sur les cartels s'appliquerait probablement et qu'une libéralisation aurait lieu au rythme des recours portés à l'attention de la Comco. Cette posture purement formelle se retrouve également au sujet des contrats d'approvisionnement de longue durée qui visent à assurer des réserves d'énergie en quantité suffisante. L'accès de tiers au réseau exploité par EEF remettrait en question cette pratique mais comme cette dernière ne résulte pas de la loi mais de l'estimation de la recourante, le Tribunal n'en tient pas compte, quand bien même il reconnaît immédiatement que des risques concernant l'approvisionnement existent. Dans ces situations, ce type d'argument trahit une vision quelque peu étroite, sinon intéressée, des choses.

Tous ces points révèlent une attitude du Tribunal fédéral tout à fait divergente de celle que l'on a observé dans le cas de la LMI, où les juges ont tout fait, dans leur interprétation du droit, pour éviter de faire pression sur les cantons. Ils ont ainsi refusé d'inclure dans le champ d'application de la loi la liberté d'établissement pour, prétendument, éviter une discrimination à rebours au sein des cantons alors qu'une telle discrimination est inhérente à l'application de la reconnaissance mutuelle. Ce faisant, ils passaient sous silence les discriminations que devaient subir par cette décision les ressortissants suisses par rapport aux ressortissants de l'Union européenne. Ils ont ensuite adopté une interprétation très souple du régime de restrictions à la liberté d'accès au marché, qui ne tient pas suffisamment compte de l'idée d'équivalence des législations cantonales introduite par le principe du lieu de provenance. Dès lors, ils ont permis aux cantons de refuser purement et simplement l'accès au marché, sans accorder aux recourants la possibilité d'exercer leur activité sous certaines conditions, alors que dans des situations similaires ils avaient imposé, au nom du principe de la proportionnalité, ce choix aux juridictions cantonales. Ils ont enfin accordé aux cantons le droit de ne pas reconnaître les certificats de capacité, reconnus par d'autres cantons, pour des professions qui ne sont pas prévues comme telle dans leur législation. En ce sens, ils ont refusé de prendre en compte la

présomption d'équivalence des conditions d'autorisation cantonales d'exercice d'activités réglementées. Bref, sur tous ces points, le Tribunal fédéral s'est évertué à trouver une interprétation qui limite les effets intégrateurs de la LMI.

A notre sens, il existe au moins deux catégories d'hypothèses qui permettraient d'expliquer les différences de traitement de la part du Tribunal fédéral du marché intérieur et du marché de l'électricité. D'un côté, il y a les hypothèses d'ordre juridique. Outre le fait que les bases légales diffèrent dans les deux cas, une explication possible pourrait provenir peut-être de l'existence de jurisprudences divergentes selon les cas ou encore de la nécessité de respecter une jurisprudence antérieure dans le cas du marché intérieur qui n'existerait pas pour le marché de l'électricité. Le Tribunal fédéral serait ainsi lié de manière différente dans ses décisions. Le Message du Conseil fédéral (1995 : 1199) relatif à la LMI nous informe ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral a habituellement privilégié le principe du fédéralisme sur la réalisation du marché intérieur.

D'un autre côté, il y a les hypothèses qui sortent du champ juridique. Elles sont également plus difficiles à vérifier. L'idée sous-jacente à ces hypothèses consisterait à dire que des considérations autres que celles juridiques seraient à l'origine des positions du Tribunal fédéral. On savait que la production du droit reflétait les points de vue partisans mais alors que dire de son interprétation ? Bien entendu, nous sommes ici dans une posture purement spéculative. Toutefois, nous constatons bien que ne pas accepter, d'une part, que la liberté d'établissement entre dans le champ d'application de la LMI, choix qui est d'ailleurs critiqué par des juristes, et qu'appliquer, d'autre part, la législation sur les cartels au secteur de l'électricité, ces décisions impliquant des résultats opposés quant à la problématique libéralisation / souveraineté, relèvent bien d'une interprétation qui ne se trouve pas toujours clairement définie par la science juridique, même à travers les différents moyens qu'ont les juristes pour interpréter le droit. Quand bien même les bases légales diffèrent dans les cas du marché intérieur et du marché de l'électricité, il est évident que l'argumentation du Tribunal fédéral sur la LMI présente une orientation fédéraliste très forte, alors que dans le cas des EEF le principe de la concurrence a été privilégié. On remarque ainsi que selon les méthodes d'interprétation choisies les résultats peuvent être très différents. Le canton de Fribourg ne dirait pas le contraire, lui qui a adopté le 11 septembre 2003 une nouvelle loi sur l'approvisionnement en énergie électrique qui vise à exclure dès le 1^{er} novembre de la même année l'accès de fournisseurs tiers au réseau de EEF⁸⁰.

⁸⁰ L'article 14 de la loi fribourgeoise du 11 septembre 2003 sur l'approvisionnement en énergie électrique (LAEE) énonce que « Jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale organisant le secteur de l'électricité, les entreprises d'approvisionnement ont, dans l'aire de desserte qui leur a été attribuée, le droit exclusif de livrer de l'électricité au consommateur final » (LAEE ; RSF 772.0.2).

Discussion et conclusion

Dans cette partie de conclusion, nous aimerions reprendre les principaux éléments présentés dans ce travail en privilégiant, toutefois, les aspects liés à la comparaison des situations européenne et suisse. Cela signifie que nous ne reprendrons pas certains points que nous avons pu relever précédemment en conclusion de certaines parties de ce travail. Concrètement, nous essaierons d'apporter une réponse générale aux buts et aux questions qui étaient définis dans la partie introductive, à savoir contraster le processus d'intégration économique de l'Union européenne avec l'expérience suisse. Nous expliciterons aussi notre compréhension des parallèles et des différences entre les cas européen et suisse. Enfin, dans un troisième temps, il s'agira de dire quelques mots sur le rôle du droit dans la vie politique en général mais, ceci, en nous référant à l'action de la CJE et du Tribunal fédéral dans cette problématique de la construction du marché intérieur.

L'existence de multiples réglementations a entravé en Suisse comme en Europe la libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et des services. Dans leur volonté de créer un marché intérieur au sein duquel les entraves aux échanges économiques seraient supprimées, les autorités de ces deux ensembles ont été confrontées à un même problème : l'harmonisation centralisée des réglementations se révéla être une solution inapplicable. Le caractère intergouvernemental de la prise de décision au niveau européen a permis aux Etats membres de bloquer toute initiative qui semblait aller trop loin dans cette voie. En Suisse, le respect du fédéralisme a également rendu problématique le recours à une harmonisation centralisée des législations cantonales. De fait, la Suisse et l'Union européenne ont dû faire face à une même tension entre, d'une part, la nécessaire prise en compte de la souveraineté des entités étatiques qui les composent et, d'autre part, la réalisation effective d'un marché intérieur. Cette tension d'ailleurs est inhérente à tout processus d'intégration économique régional qui irait, bien sûr, plus loin qu'un simple espace de libre-échange.

La solution à ce problème consista alors à contourner les obstacles aux échanges plutôt que de les supprimer par une harmonisation centralisée. En garantissant l'équivalence des réglementations nationales, le principe de la reconnaissance mutuelle permit ainsi de débloquer le processus d'intégration économique dans l'espace européen. Quelques années plus tard, le gouvernement suisse reprenait à son compte ce principe.

Il est à cet effet tout à fait frappant de voir un pays comme la Suisse, qui ne se distingue pas par un enthousiasme immodéré pour le projet européen, agir de la sorte. Ce paradoxe à recourir à un principe européen ne peut se comprendre qu'à travers la tension qui opposa au début des années 1990 le fonctionnement de l'économie suisse aux changements économiques intervenus un niveau mondial et européen. Bien

qu'étant un Etat fédéral depuis plus de 140 ans dont l'un des objectifs était le libre exercice d'une activité économique sur tout le territoire, la Suisse n'a jamais réussi à construire un véritable marché intérieur. Le fédéralisme et la construction duale de l'économie suisse ont en fait toujours dominé les impératifs économiques liés à la mise en place d'un espace économique unifié. Mais les transformations de l'environnement économique international ont exigé des réformes importantes dans le domaine des politiques économiques. La montée des idées néo-libérales contribua en outre à présenter et à faire accepter les mesures de libéralisation comme des nécessités incontournables à l'heure de la mondialisation et de l'approfondissement de l'intégration européenne. L'Union européenne avait alors montré quelques années auparavant qu'il était possible, même pour un espace interétatique, quasi fédéral, comme l'Europe, de procéder à des avancées spectaculaires dans la réalisation d'un marché intérieur. Profitant de l'opportunité offerte par les changements internationaux pour intervenir dans un domaine qui était traditionnellement de la compétence des cantons, le Conseil fédéral proposa, dans une attitude foncièrement pragmatique, d'appliquer au cadre suisse le principe de la reconnaissance mutuelle qui avait si bien servi en Europe. Il espérait ainsi, avec la LMI, reproduire, d'une certaine manière, en Suisse la dynamique d'intégration opérée en Europe.

Nous avons montré que cette logique d'intégration reposait entièrement sur les voies de droit. En conférant des droits justiciables aux individus lésés dans leur accès au marché, l'idée était de permettre aux acteurs économiques opérant sur l'ensemble du territoire de remettre en cause les législations et les pratiques contraires aux principes émis par la reconnaissance mutuelle. Au fur et à mesure des recours interjetés et des précisions apportées par les instances judiciaires, un nombre croissant de réglementations entravant les échanges économiques et la mobilité professionnelle se trouverait sans effets. Dès lors, les cantons seraient, à l'instar des Etats membres, incités à mettre leurs réglementations en conformité avec la jurisprudence, ce qui passe par une action commune d'harmonisation⁸¹. Cette voie pouvait paraître la plus à même d'assurer la mise en place du marché intérieur

⁸¹ En somme, les cantons sont incités à harmoniser leurs réglementations pour deux raisons au moins : premièrement, parce que les réglementations n'ont plus d'effets sur les offreurs externes et ne protègent ainsi plus véritablement l'accès au marché ; deuxièmement, parce que, sans harmonisation, les cantons vont alors discriminer leurs propres ressortissants étant donné que les réglementations cantonales ne s'appliquent plus qu'à ces personnes. Il nous semble toutefois que ces pressions ne peuvent être véritablement efficaces que sous la condition qu'il y ait un nombre suffisant d'offeurs externes qui veulent bien exercer sur le territoire cantonal. S'il n'y a que deux ou trois demandes, est-ce que l'on peut parler d'une remise en cause de l'efficacité des réglementations cantonales ? Surtout, est-ce que l'on peut parler de discriminations vis-à-vis des ressortissants cantonaux, et est-ce que cette discrimination se fera-t-elle suffisamment sentir pour induire un processus d'harmonisation ? On prend conscience à nouveau de l'importance toute particulière des recours déposés par les particuliers. Si c'est la jurisprudence des instances judiciaires qui ouvrent concrètement l'accès au marché pour les différentes activités professionnelles, ce sont bien les acteurs privés, par leurs actions en justice, qui alimentent le processus. Par conséquent, ces deux acteurs sont indispensables à la réussite du principe de la reconnaissance mutuelle. Avec la révision de la LMI, le droit de recours accordé à la Comco sera à même toutefois d'exercer une nouvelle pression sur les cantons.

puisque les cantons conservaient avec cette solution leur droit de réglementer les activités économiques mais, en même temps, on soumettait ces réglementations à certaines exigences minimales propres à assurer l'accès au marché pour les marchandises et surtout pour les personnes et les services.

Ce travail cherchait à contraster la littérature relative au courant néo-institutionnaliste qui porte sur l'intégration économique de l'Union européenne. En étudiant la mise en place d'un marché intérieur suisse, nous avons pu montrer que, si la logique d'intégration économique européenne a été effectivement reprise par les autorités suisses, son succès reposait *in fine* sur l'interprétation que le Tribunal fédéral donnerait aux principes contenus dans la LMI. En somme, l'amorce concrète de cette dynamique d'intégration, attendue de l'application du principe de la reconnaissance mutuelle, est loin d'être évidente ; au contraire, elle est absolument tributaire, que ce soit en Suisse ou dans l'UE, de la jurisprudence des Hautes Cours.

Cette remarque est importante et c'est un point qui n'est pas véritablement explicité par la littérature néo-institutionnaliste. En effet, même si les auteurs proches de ce courant d'analyse ont constamment affirmé qu'il ne fallait pas voir dans cette dynamique d'intégration de mécanismes automatiques et que les acteurs concernés pouvaient toujours bloquer l'effet d'engrenage attendu, ils n'ont jamais donné, à notre connaissance, d'exemples empiriques démontrant cette assertion. En outre, il semblait relativement évident à leurs yeux que ce n'était pas de la CJE qu'il fallait attendre ce blocage. En effet, cette dernière allait favoriser cette dynamique parce qu'un approfondissement de l'intégration européenne, à tous les niveaux, lui était bénéfique en terme de pouvoir et de pérennisation de son existence (Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Stone Sweet 2000 ; Stone Sweet, Sandholtz et Fligstein 2001).

Le cas suisse est à l'évidence un bon contre-exemple. Il démontre que les instances judiciaires sont des acteurs décisifs du processus d'intégration économique. Ce sont elles en effet qui réalisent concrètement les principes du libre accès au marché et qui décident en fin de compte d'ouvrir un secteur économique. Leur jurisprudence exerce par ailleurs un effet direct sur la propension des particuliers à interjeter des recours, sans lesquels l'ensemble du mécanisme est interrompu. Cela dit, rien n'oblige ces instances à garantir la réussite du processus d'intégration. Selon l'interprétation qu'elles donnent aux dispositions légales, les incitations à procéder à des harmonisations seront plus ou moins fortes. Qu'elles adoptent une interprétation trop restrictive, et c'est tout le processus que veut induire la loi qui est remis en cause. Bref, les instances judiciaires sont au cœur des processus d'intégration économique tels qu'ils sont envisagés ici car elles ont le pouvoir de renforcer ou alors d'atténuer l'impact du principe de la reconnaissance mutuelle, en somme d'orienter ces processus dans un sens ou dans un autre.

La comparaison de l'attitude de la Cour de Justice européenne avec celle du Tribunal fédéral, nous amène à dire ceci : tout d'abord, il faut se rappeler que la CJE

a dû, avant de pouvoir intervenir dans la construction du marché intérieur, établir les fondements du système juridique européen et ensuite « créer » le principe de la reconnaissance mutuelle. Ce n'est qu'après ces étapes qu'elle a pu agir concrètement dans l'ouverture des marchés, en étendant le champ d'application du principe à la libre circulation des personnes, des capitaux et des services. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral n'intervient, de son côté, qu'au moment de l'application de la reconnaissance mutuelle. Cette évolution nous démontre clairement que la CJE a su faire évoluer le droit communautaire et, avec lui, l'ensemble du système politique et économique européen. Elle a ainsi toujours privilégié une interprétation téléologique des dispositions du Traité. L'innovation se trouve alors au cœur de l'action de la CJE puisque, pour donner un sens à des textes communautaires généraux, elle n'a pu se baser que sur les principes qui fondent la Communauté. Dès lors, le travail de la CJE relatif à la réalisation du marché intérieur est guidé et inséré dans cette exigence. A l'inverse, le Tribunal fédéral se voit imposer, par les autorités fédérales, la charge d'ouvrir les marchés cantonaux aux sujets économiques externes. Alors que dans leur jurisprudence les juges de Mon Repos ont essentiellement privilégié une interprétation fédéraliste de la liberté du commerce et de l'industrie (Cottier et Merkt 1996), on leur demande maintenant par l'intermédiaire d'un principe européen de privilégier l'aspect unificateur du marché intérieur. Cette rupture n'a visiblement pas été intégrée par le Tribunal fédéral puisqu'il a tout fait pour restreindre l'effet de la loi en privilégiant une interprétation restrictive des prescriptions de la LMI.

A la fin du chapitre précédent, nous avons proposé quelques pistes pour expliquer les choix divergents du Tribunal fédéral sur les questions du marché intérieur et du marché de l'électricité. Mais donner une explication des raisons qui ont conduit la CJE à adopter une interprétation favorisant le marché intérieur et le Tribunal fédéral à préférer une interprétation protégeant la souveraineté cantonale sur cette même question alors que, dans un domaine similaire comme l'ouverture du marché de l'électricité, il a privilégié la libéralisation est une tâche extrêmement difficile. Stone Sweet et Caporaso (1998 : 212), bien qu'ils ne s'étendent guère sur la question, considèrent que, si la CJE a agi ainsi, c'est dans l'intention d'accroître son autonomie vis-à-vis des Etats membres et d'assurer ainsi son existence. Le Tribunal fédéral n'a pas eu, lui, à se soucier de telles questions. Cela veut-il dire que la CJE n'aurait pas, elle non plus, favorisé la réalisation du marché intérieur si elle avait occupé une position similaire à celle du Tribunal fédéral? Question rhétorique qui ne sert qu'à rappeler la chose suivante. La construction d'un marché intérieur est un objectif fondamental du projet européen. « Conscience juridique d'une Communauté européenne dont l'existence est articulée en fonction de finalités proches et lointaines » (Jacot-Guillarmod 1993 : 311), la CJE a alors agi de façon à concrétiser cet objectif. En Suisse, par contre, la LMI avait fait l'objet de certaines réticences de la part des cantons quant à sa constitutionnalité. Le Tribunal fédéral n'y a vraisemblablement pas trouvé autant de bonnes raisons que la CJE dans le Traité

pour favoriser par une interprétation généreuse la construction du marché intérieur, en acceptant notamment d'inclure la liberté d'établissement dans le champ d'application de la loi ou en limitant les exceptions au libre accès au marché.

Ces propos nous amènent tout naturellement à parler du droit et de son interprétation par les instances judiciaires. Il est vrai que, quel que puisse être son intérêt, une réponse à la question du comportement du Tribunal fédéral est secondaire par rapport au fait que souvent les objectifs politiques peuvent s'exprimer à travers des arguments juridiques.

Dans la tradition occidentale, « l'office du juge est imprégné de l'esprit de la séparation des pouvoirs » (Dehousse 1997 : 66), conception selon laquelle le juge ne doit qu'appliquer la loi, après l'avoir interprétée. La légitimité des instances judiciaires repose essentiellement sur leur capacité à se présenter comme des acteurs indépendants et neutres dans les litiges qui leur sont soumis. Si les parties avaient l'impression que le juge favorise les intérêts de leur contradicteur, leur confiance dans le système juridique s'en trouverait fortement ébranlée. D'où l'importance d'instaurer une image du juge qui ne ferait qu'appliquer la loi.

Si l'on accepte cet axiome, on comprendra que les juges, lorsqu'ils doivent se prononcer dans une affaire, chercheront bien sûr en premier lieu à appliquer le droit mais, ce faisant, ils garderont également à l'esprit la nécessité d'apparaître comme de simples interprètes du droit. Cela explique pourquoi les juges cherchent toujours à motiver leurs décisions en s'appuyant sur les règles légales. Nous avons souvent été impressionnés dans notre travail de voir combien les arguments proposés semblaient se justifier nécessairement par le droit. Les arrêts du Tribunal fédéral illustrent précisément le caractère déductif de l'argumentation juridique. Les décisions y sont présentées comme le résultat logique de la déduction du droit. De son côté, « la Cour a toujours eu soin de présenter ses analyses, même les plus audacieuses, comme le fruit d'une interprétation de la règle de droit » (Dehousse 1997 : 108). Ce fondement sur le droit vise précisément à écarter la critique puisque les juges semblent en fin de compte qu'interpréter les règles juridiques.

Les instances judiciaires ont donc pour mission première d'interpréter et d'appliquer le droit. Il s'agit pour elles de dire le droit, c'est-à-dire appliquer des principes juridiques abstraits à des réalités concrètes. Maintenant, l'interprétation du droit, nous l'avons vu, peut déboucher sur toute une gamme de décisions qui peuvent comporter des variations très sensibles entre elles. La représentation habituelle induite par la séparation des pouvoirs où le juge se limiterait à n'être que « l'oracle de la LOI » n'est, malgré son utilité sociale, qu'une fiction (Dehousse 1997 : 98). En réalité, « dans tout régime politique possédant un corps législatif permanent et un système judiciaire indépendant, les pouvoirs législatifs sont partagés [...] » (Stone Sweet et Caporaso 1998 : 205). Avis défendu également par Auer (1983 : 83) pour qui « le législateur n'a pas [...] le monopole de la création des règles juridiques ». En

fait, lorsqu'une instance juridique prend, lors d'un litige, une décision sur la portée et le sens d'une norme, elle exerce une forme de gouvernement puisqu'elle crée une nouvelle règle. L'application de la loi comporte ainsi inévitablement des éléments de création du droit. En paraphrasant Auer (1983 : 81), on peut dire que toute norme juridique est appelée à être affinée, développée et modifiée par la jurisprudence des organes judiciaires à travers sa concrétisation, son interprétation voire le comblement de ses lacunes. Par conséquent, ce qui sépare l'interprétation du droit de sa création est une frontière extrêmement fine. Dehousse (1997 : 97) écrit à ce sujet « qu'est-ce qu'interpréter une règle, sinon choisir parmi les différents sens qu'elle peut revêtir, ce qui constitue indéniablement un rôle créateur ? ». Par conséquent, « la mission des organes judiciaires [est] par nécessité créatrice, *surtout lorsqu'ils ont à appliquer un texte à caractère général* [nous soulignons] ».

Les organes juridiques détiennent ainsi un pouvoir important à travers la précision et l'application du droit. Ce pouvoir est encore agrandi dans des situations où, comme pour la LMI ou le Traité de Rome, les textes laissent une place étendue à l'interprétation. Il existe alors dans cette optique une tension entre la neutralité qui est demandée aux juges et la possibilité pour eux d'interpréter voire de créer le droit. De cette tension proviennent les accusations stigmatisant le « gouvernement des juges » et plus généralement tout « activisme judiciaire ». La CJE, on l'imagine aisément, a souvent fait l'objet de tels reproches dans son activité. Quant au Tribunal fédéral, même si nous n'avons personnellement jamais entendu parler d'activisme judiciaire à son sujet, et encore moins d'un gouvernement des juges pour la Suisse, ses décisions font de plus en plus souvent l'objet de critiques. Dans la mise en œuvre de la LMI, un consensus unanime fait ainsi, avec raison, de la jurisprudence du Tribunal fédéral la cause de l'échec et du manque d'effet exercé par la loi sur l'ouverture du marché intérieur suisse. Les attaques ne sont pas moins virulentes à l'égard des juges fédéraux en ce qui concerne l'ouverture du marché de l'électricité.

Ce pouvoir créateur qu'ont les juges peut expliquer pourquoi les partis politiques ont voulu répartir les sièges des juges selon une représentation proportionnelle aux forces politiques du moment. Cette attention révèle précisément l'importance qu'a la nomination des juges à leurs yeux. Dans ce travail, nous avons déjà dit que d'autres considérations que celles purement juridiques pouvaient intervenir lors de l'interprétation du droit ou dans le choix d'une méthode d'interprétation. L'attitude des forces politiques est là pour le sous-entendre. Si elles accordent une importance à la nomination des juges, ce n'est pas pour rien. On peut se demander en effet qu'est-ce qui détermine le choix de favoriser une méthode d'interprétation plutôt qu'une autre. On peut également se demander dans quelle mesure les affinités politiques des juges peuvent influencer le jugement. Mais ce sont là des questions dont les réponses ne sont pas évidentes car le fondement des décisions juridiques sur le droit rend plus difficile leur analyse et leur critique. Le droit fonctionne alors comme un masque à de potentielles arrières-pensées politiques.

En tout cas, l'impact de la nomination des juges se fait ressentir sur les décisions si l'on prend en compte non plus le profil politique mais le profil sociologique de ces derniers. Ainsi le fait que les juristes suisses aient été peu sensibilisés aux aspects et aux questions relevant du droit européen a eu un impact dans les choix opérés par le Tribunal fédéral. Cottier et Merkt (1996 : 471) écrivent ainsi que « si le droit du marché intérieur suisse n'a pas suffisamment évolué en l'espace de cent cinquante ans, c'est aussi et surtout parce que la fonction fédérative de la LCI [liberté du commerce et de l'industrie] a évolué en vase clos sous les auspices d'une profession juridique surtout formée dans la tradition du droit national ». Jacot-Guillarmod (1993 : 286) estime aussi que les juristes suisses sont très peu sensibles au droit européen, lui qui écrit : « Il faut toutefois bien reconnaître que la nouveauté du droit européen pour le juge suisse est encore, de nos jours en Suisse, un sérieux « obstacle technique aux échanges » ... *jurisprudentiels* ».

La dénonciation, si ce n'est de l'activisme judiciaire, du moins des décisions des instances judiciaires n'est cependant pas exempte de paradoxes. C'est précisément dans ces interstices que peut émerger l'utilisation politique de l'argumentation juridique, où le droit est instrumentalisé à des fins politiques. En effet, au cœur des attaques contre l'intervention prétendument démesurée de la CJE, ce que l'on déplore n'est pas tant que les juges dépassent leurs compétences et se substituent en un sens aux autorités politiques, mais plutôt qu'ils exercent leur pouvoir au service d'une mauvaise cause. De même, dans les attaques contre les décisions du Tribunal fédéral, ce n'est pas tant le fait que les juges ne tiennent pas assez compte, dans leurs décisions, du principe de proportionnalité, de l'équivalence des réglementations cantonales, du principe de la liberté économique ou d'autres choses encore qui est à l'origine des critiques, mais plutôt le fait qu'ils verrouillent le marché intérieur suisse et interdisent par leurs décisions la libre prestation des services et la mobilité professionnelle. Par conséquent, si l'on voulait généraliser, on pourrait dire que, dans toute lutte, il y a une confrontation entre deux objectifs et que le droit peut se révéler un instrument incontournable pour faire triompher ses positions.

Auer (1983 : 80-81) remarquait de manière analogue que « la question relative à la constitutionnalité d'une loi apparaît ouvertement pour ce qu'elle est probablement toujours, à savoir un moyen qui permet d'atteindre un but, mais jamais comme un but en soi. En simplifiant à peine, l'on peut dire que c'est parce que telle loi est jugée mauvaise et inopportune que tel député s'efforcera de prouver son inconstitutionnalité ; c'est parce qu'il la juge bonne et indispensable que tel autre l'estimera conforme à la constitution. En d'autres termes, l'inconstitutionnalité en soi indépendante de ses conséquences politiques et sociales, a peu de chances d'être discutée [...]. [...] lorsqu'une loi controversée présente des failles au regard de la Constitution, il est probable que ses adversaires se fassent les champions du strict respect de la Constitution, tandis que ses partisans plaident pour une interprétation large de celle-ci ». N'est-ce pas de cette manière que l'on pourrait analyser à la fois

l'opposition des cantons et l'accord des partisans à la LMI ? N'est-ce pas de cette manière que l'on pourrait comprendre, mutatis mutandis, la volonté du Tribunal fédéral d'ouvrir le marché de l'électricité mais de préserver les compétences cantonales dans la question du marché intérieur ? De même pour l'action intégrative de la CJE sur le plan européen ?

Bibliographie

- ALTER, Karen J. (1996). «The European Court's Political Power», *West European Politics* 19: 458-487.
- ALTER, Karen J. et Sophie MEUNIER-AITSHALIA (1994). «Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision», *Comparative Political Studies*, 26: 535-561.
- AUER, Andreas (1983). *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle: Helbing et Lichtenhahn.
- AUER, Andreas et Vincent MARTENET (2004a). «La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit», *Droit et politique de la concurrence (DPC)*, 2004/1: 277-314.
- AUER, Andreas et Vincent MARTENET (2004b). «Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit», *Droit et politique de la concurrence (DPC)*, 2004/1: 314-326.
- BALASTER, Peter (2004). «Le train de mesures en faveur de la croissance : un programme de marché intérieur», *La Vie économique* 12/04: 22-25.
- BRUNETTI, Aymo (2004). «La LMI participe au programme de marché intérieur», *La Vie économique* 12/04: 17.
- BULLETIN OFFICIEL, Conseil national (1995) : 1143ss., 2052ss. et 2299.
- BULLETIN OFFICIEL, Conseil des Etats (1995) : 870ss., 931ss. et 1065.
- BURLEY, Anne-Marie et Walter MATTLI (1993). «Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organisation*, 47: 41-76.
- CICHOWSKI, Rachel (1998). «Integrating the Environment: The European Court and the Construction of Supranational Polity», *Journal of European Public Policy*, 5: 387-405.
- COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL (2000). *Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national établi sur la base de l'évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration*. Berne.
- COMMISSION EUROPEENNE (1980). «Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon)», *Journal officiel des Communautés européennes*, N°C256, p.2.
- CONSEIL FEDERAL (1993). *Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE*. FF 1993 757ss.
- CONSEIL FEDERAL (1995). *Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)*. FF 1995 I 1193ss.
- CONSEIL FEDERAL (1999). *Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE*. FF 1999 5440ss.

- CONSEIL FEDERAL (2005). *Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur*. FF 2005 421ss.
- COTTIER, Thomas et Benoît MERKT (1996). «La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché de l'intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique», in Piermarco ZEN-RUFFINEN et Andreas Auer (ed.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort sur le Main: Helbing et Lichtenhahn, pp. 449-471.
- DEHOUSSE, Renaud (1997). *La Cour de Justice des Communautés européennes*. Paris : Montchrestien.
- DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE (2004). *Modification de la loi sur le marché intérieur, Rapport explicatif*. Berne : DFE.
- DREYER, Dominique et Bernard DUBEY (2003). *Réglementation professionnelle et marché intérieur – Une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen*. Bâle/Bruxelles: Helbing et Lichtenhahn/Bruylant.
- FLIGSTEIN, Neil et Alec STONE SWEET (2002). «Constructing Politics and Markets: An Institutionalist Account of European Integration», *American Journal of Sociology*: 1206-1243.
- HAUSERMANN, Silja (2003). *Internationalisation des politiques publiques et mise en œuvre fédéraliste*. Travail de diplôme, Cahier de l'IDHEAP 209/2003.
- JACOT-GUILLARMOD, Olivier (1993). *Le juge national face au droit européen*. Bâle et Francfort sur le Main/Bruxelles: Helbing et Lichtenhahn/Bruylant.
- MACH, André (1999). «Présentation générale et contexte socio-économique des années 1990», in André MACH (dir.), *Globalisation, néo-libéralisme et politiques publiques en Suisse des années 90*. Zürich : Seismo, pp.11-50.
- MACH, André (2001). *La Suisse entre internationalisation et changements politiques internes: la législation sur les cartels et les relations industrielles dans les années 1990*. Thèse de doctorat, Lausanne : Université de Lausanne - Faculté des sciences sociales et politiques.
- MACH, André (2004). «La Suisse s'eupéanise malgré son isolement», *Pages de gauche*, 23 mai 2004.
- MACH, André, HAUSERMANN, Silja et Yannis PAPADOPOULOS (2003). «Economic regulatory reforms in Switzerland: adjustment without European integration, or how rigidities become flexible», *Journal of European Public Policy*, 10: 301-318.
- MAILLARD, Pierre-Yves, Philipp MUELLER et Yves STEINER (2004). «Le marché suisse de l'électricité va faire des étincelles», *Le Courrier*, mardi 7 décembre 2004, p.4.
- MAYER, Roland (2004). «La liberté économique et le fédéralisme sont en jeu», *La Vie économique* 12/04: 32.
- ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION OPCA (2000). *Evaluation : Quel est le degré d'ouverture du marché*

intérieur ? Rapport final à l'attention de la commission de gestion du Conseil national. Berne: Service du Parlement

ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION OPCA (2002). *L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique. Rapport final à l'attention de la commission de gestion du Conseil national.* Berne : Service du Parlement, pp.1-10.

PIERSON, Paul (1998). «The Path to European Integration: A Historical-Institutionalist Analysis», in Wayne SANDHOLTZ et Alec STONE SWEET, *European Integration and Supranational Governance.* Oxford: Oxford University Press, pp. 27-58.

ROTHMAYR, Christine (2001). «Towards the Judicialisation of Swiss Politics?», *West European Politics*, 24: 74-94.

SCHARPF, Fritz (2000). *Gouverner l'Europe*, Paris: Presses de Sciences Po.

SECO (janvier 2002). *Les professions réglementées et la construction du marché intérieur. Rapport préparatoire à la révision de la LMI.* Berne : DFE.

SECO (mai 2004). *Révision de la loi sur le marché intérieur : De la nécessité d'une révision au travers de quelques exemples jurisprudentiels.* Berne : DFE.

STONE SWEET, Alec (1996). «La politique constitutionnelle», in Guillaume DRAGO, Bastien FRANCOIS et Nicolas MOLFESSIS (dirs.), *La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris : Economica, pp. 117-140.

STONE SWEET, Alec (2000). *Governing with judges: Constitutional Politics in Europe.* Oxford: Oxford University Press.

STONE SWEET, Alec et James CAPORASO (1998). «La Cour européenne et l'intégration», *Revue française de science politique* 48: 195-243.

STONE SWEET, Alec et Wayne SANDHOLTZ (1998). «Integration, Supranational Governance and the Institutionalization of European Polity», in Wayne SANDHOLTZ et Alec STONE SWEET (ed.), *European Integration and Supranational Governance.* Oxford: Oxford University Press, pp.1-26.

STONE SWEET, Alec, Wayne SANDHOLTZ et Neil FLIGSTEIN (2001). *The Institutionalization of Europe.* Oxford: Oxford University Press.

TRIBUNAL FEDERAL (1999a). «ATF 125 I 267», *Semaine judiciaire 1999* : 493-495.

TRIBUNAL FEDERAL (1999b). «ATF 125 I 276», *site du Tribunal fédéral*: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

TRIBUNAL FEDERAL (1999c). «ATF 125 I 335», *site du Tribunal fédéral*: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

TRIBUNAL FEDERAL (2000a). «ATF 125 I 322», *Semaine judiciaire 2000 I*: 49-62.

- TRIBUNAL FEDERAL (2000b). «ATF 125 I 335», *Semaine judiciaire 2000 I*: 62-64.
- TRIBUNAL FEDERAL (2000c). «ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999», *Semaine judiciaire 2000 I*: 177-183.
- TRIBUNAL FEDERAL (2003). «Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) / Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence», arrêt du 17 juin 2003, *Droit et politique de la concurrence (DPC)*, 2003/4: 925-965.
- WEILER, Joseph (1994). «The Quiet Revolution: The European Court and Its Interlocutors», *Comparative Political Studies*, 26: 510-534.
- ZOGG, Serge (2001). «La LMI et son impact sur l'ouverture des marchés en Suisse», *La Vie économique* 4/01. Edition spéciale marché intérieur: 14-18.
- ZUERCHER Boris et Thomas ZWALD (2004). «Les grandes lignes de la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur», *La Vie économique* 12/04: 4-8.

Table des matières

Première Partie: Illustration du processus d'intégration économique et de construction d'un marché intérieur à travers l'exemple européen10

1.1 L'intégration européenne : l'efficacité supranationale de l'intégration négative et la faiblesse intergouvernementale de l'intégration positive	11
1.2 La Cour de Justice des Communautés européennes : un acteur central dans la politique d'intégration.....	14
1.2.1 Intergouvernementalisme et néo-fonctionnalisme	15
1.2.2 L'intégration juridique européenne	19
1.2.3 La constitutionnalisation de l'ordre juridique européen	23
1.3 La Cour de Justice des Communautés européennes et la construction d'un marché intérieur.....	29
1.3.1 L'arrêt Dassonville	31
1.3.2 L'arrêt dit « Cassis-de-Dijon »	33
1.4 Remarques intermédiaires.....	38

Deuxième Partie: Le cas suisse : la construction du marché intérieur entre principe fédéraliste et exigence d'un marché unique40

2.1 La Suisse dans le contexte des années 1990 : internationalisation et libéralisation.....	41
2.2 La loi fédérale sur le marché intérieur	46
2.3 Lacunes de la loi et problèmes suite à la mise en œuvre	51

Troisième Partie: Le Tribunal fédéral et ses relations avec le marché intérieur : les échecs de la LMI.....56

3.1 Le Tribunal fédéral dans le système politique suisse.....	56
3.2 Précisions sur le parallèle effectué entre le cas européen et le cas suisse	60
3.3 Le rôle du Tribunal fédéral dans la construction du marché intérieur : une interprétation fédéraliste de la LMI	63
3.3.1 L'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI	66
3.3.2 Le régime de restrictions à la liberté d'accès au marché	69
3.3.3 Les certificats de capacité cantonaux.....	73
3.3.4 Remarques conclusives.....	76
3.4 Révision actuelle de la LMI.....	78
3.5 Synthèse et remarques intermédiaires : principe du « Cassis-de-Dijon » et libéralisation accrue de l'économie suisse.....	83
3.6 L'action jurisprudentielle du Tribunal fédéral dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité : le cas des Entreprises Electriques Fribourgeoises.....	87

Discussion et conclusion	100
Bibliographie	108
Table des matières	112