94.101

Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

du 23 novembre 1994

Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons pour approbation un projet de loi fédérale sur le marché intérieur.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 novembre 1994

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Stich
Le chancelier de la Confédération, Couchepin

Condensé

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) fait partie du programme de régénération de l'économie de marché. En supprimant les obstacles de droit public à la concurrence dans les droits cantonaux et communaux, et en éliminant les barrières à la mobilité (reconnaissance sur tout le territoire suisse des certificats de capacité cantonaux), elle vise deux objectifs principaux: le renforcement de la compétitivité en Suisse et, par là même, celui de la place économique suisse dans le contexte international.

Le projet de cette nouvelle loi est conçu comme une loi-cadre. Il se borne à fixer les principes fondamentaux de la liberté d'accès au marché nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur et ne prévoit aucune harmonisation du droit dans les différents secteurs. Il est axé sur la coopération entre la Confédération, les cantons et les communes: les efforts intercantonaux visant une véritable harmonisation des conditions d'admission dans les marchés publics et des conditions préalables pour la reconnaissance des diplômes sont d'une importance capitale pour le marché intérieur suisse.

La section 2 contient le principe de la non-discrimination des offreurs externes et le principe dit Cassis-de-Dijon, adapté au cadre juridique suisse. Ce dernier établit la présomption que les conditions cantonales d'autorisation pour l'exercice de certaines activités lucratives sont équivalentes. L'article 2 constitue le véritable coeur du projet. Toute personne ayant son établissement et toute entreprise ayant son siège en Suisse a le droit d'offrir des marchandises, des prestations de travail et des services sur tout le territoire suisse; l'accès au marché est régi par les prescriptions applicables au lieu de provenance de la personne ou de l'entreprise offreuse. Par conséquent, lorsque la mise en circulation et l'utilisation d'une marchandise ou la fourniture d'une prestation de travail ou d'un service sont autorisées au lieu de provenance, l'activité concernée peut être exercée sur tout

le territoire suisse. Cela vaut également pour l'autorisation d'exercer certaines catégories de professions soumises à autorisation; les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal sont valables dans toute la Suisse.

La liberté d'accès au marché peut être restreinte pour des motifs relevant de l'intérêt public (p. ex. la protection de la santé ou la garantie d'un niveau suffisant de formation pour les catégories de professions soumises à autorisation). Les restrictions doivent cependant être indispensables à la préservation des intérêts en jeu et répondre au principe de la proportionnalité; elles doivent en outre s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux et ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges qui favorise les intérêts économiques locaux. L'article 3 contient une série de dispositions destinées à concrétiser les critères appliqués aux restrictions.

L'accès au marché n'est régi par le droit en vigueur au lieu de prestation (plutôt qu'au lieu de provenance) que dans le cas où il apparaît approprié qu'il en soit ainsi, à savoir dans le domaine des marchés publics. Le principe de la non-discrimination est applicable: toute personne a le droit, dans le cadre de marchés publics cantonaux et communaux, de ne pas être discriminée d'une manière qui serait contraire aux restrictions prévues par la loi (art. 3). Afin d'assurer un certain niveau de transparence, nécessaire à la mise en oeuvre effective de ces droits, les projets de marchés publics de grande importance et les critères de participation et d'adjudication doivent être publiés dans un organe officiel.

La loi sur le marché intérieur ne s'applique pas aux marchés publics de la Confédération, qui sont réglés dans la loi fédérale sur les marchés publics. Celle-ci prévoit également le principe de la non-discrimination des soumissionnaires.

Lorsque des accords intercantonaux concernant les marchés publics et la reconnaissance des certificats de capacité satisfont aux exigences minimales prévues par la LMI, les dispositions de ces accords l'emportent sur celle-ci.

Afin d'éviter toute discrimination à l'égard de l'étranger, le projet se réfère également aux accords internationaux et intercantonaux. Dans le cadre d'accords internationaux conclus par la Confédération, tous les offreurs nationaux doivent être placés sur un pied d'égalité par rapport aux offreurs étrangers en ce qui concerne l'accès au marché. Les droits d'accès au marché accordés dans des accords internationaux conclus par les cantons ou dans des concordats doivent être étendus aux ressortissants des cantons qui assurent la réciprocité.

Les tâches dévolues à la Confédération, à savoir l'obligation de consultation et d'information des cantons ainsi que la promotion de la coopération intercantonale, sont décrites dans la section 3. On a en revanche renoncé à la possibilité d'accorder un soutien financier.

La section 4 prévoit que les autorités fédérales de la concurrence devront veiller à ce que la Confédération, les cantons et les communes respectent la présente loi et qu'elles pourront adresser des recommandations aux autorités. Les éventuelles restrictions à la liberté d'accès au marché devront être faites sous forme de décisions sujettes à recours. Les décisions rendues par les dernières instances cantonales pourront faire l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Les conséquences résultant d'adjudications contraires à la présente loi sont réglées par le droit cantonal en matière de responsabilité. La procédure contre les décisions de la Confédération est régie par les dispositions générales de la procédure administrative fédérale.

Message

1 Partie générale

11 Point de la situation

111 L'espace économique suisse aujourd'hui

111.1 Etat fédéral et marché intérieur

L'espace économique suisse s'est développé au cours des décennies. Dans le but de créer un espace économique unique, les principales compétences en matière de droit économique public et privé avaient été confiées, dans le jeune Etat fédéral[1)], à la Confédération. A titre d'exemples, on peut mentionner l'économie extérieure (art. 8 cst.), les douanes (art. 28 ss cst.), l'argent et la monnaie (art. 38 s. cst.) ainsi que le droit civil et commercial (art. 64 cst.). Certains droits fondamentaux, à commencer par la liberté d'établissement, ont également beaucoup contribué au renforcement de l'intégration.

La création d'un espace économique unique se basait donc à l'origine sur le transfert à la Confédération de compétences d'action et de réglementation. Mais, dans le cadre de la structure fédéraliste, des domaines très importants sont demeurés du ressort des cantons. La répartition des compétences peut expliquer en partie pourquoi le problème de la compatibilité des réglementations cantonales avec le droit fédéral a été un peu laissé de côté et pourquoi la dimension fédérale de la liberté du commerce

---

1) Au XIXe siècle déjà, la Diète débattait de questions portant sur les échanges économiques intercantonaux. Dans ses arrêtés du 15 juillet 1818, du 13 juillet 1819 et du 26 juillet 1831, elle s'opposa à des règles qui restreignaient indûment la liberté des échanges économiques. Par exemple, les décisions cantonales de police en matière d'usure ou de préemption ne devaient pas constituer un obstacle entre cantons; le commerce des céréales entre cantons ou avec l'étranger ne devait faire l'objet de restrictions que dans des circonstances exceptionnelles. Le 26 juillet 1831, la Diète décida que "le commerce des produits alimentaires, des produits agricoles et industriels et autres marchandises [...] devait, à l'intérieur de la Confédération, être libre dans toute l'acception du terme et [...] qu'il ne pouvait être entravé d'aucune manière". Recueil officiel 2 253; cité par Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3e édition, Berne 1931, p. 222.

et de l'industrie (LCI) et les efforts d'harmonisation au niveau intercantonal se sont développés longtemps à si petits pas. En outre, la conception suisse de la concurrence ne pouvait, faute d'une véritable garantie de la concurrence, contribuer réellement à la lutte contre les entraves et les distorsions.

Si l'on analyse certains domaines particuliers du marché intérieur suisse (ch. 112), on voit que les efforts entrepris jusqu'ici pour créer un véritable marché intérieur ne se sont pas révélés suffisants. Comparée aux progrès réalisés au sein de l'Union Européenne (UE), l'idée d'un véritable marché intérieur se heurte d'abord aux traitements inégaux auxquels les sujets économiques sont exposés dans les différentes parties du pays, à savoir dans les cantons et les communes (normes diversement applicables). Elle est confrontée aussi à toutes les réglementations qui, pour l'acceptation d'un mandat, l'exercice d'une activité commerciale ou la pratique d'une profession en dehors du lieu de domicile, créent encore des conditions préalables diverses qui exercent des effets discriminatoires sur certains acteurs du marché (normes indistinctement applicables). C'est le cas par exemple lorsque, pour l'exercice d'une activité lucrative, l'établissement préalable dans le canton ou la commune est exigé.

Selon les circonstances, de telles prescriptions peuvent être justifiées. Mais elles peuvent aussi servir à protéger les offreurs locaux ou à privilégier les acteurs du marché établis et, ainsi, aboutir à la constitution de marchés cloisonnés et, de ce fait, à l'interruption des mécanismes du marché plutôt qu'à la constitution d'un espace économique unique[2)].

2) Pour une représentation détaillée des entraves de droit public, voir le rapport de l'Office fédéral des questions conjoncturelles intitulé "Le marché intérieur suisse" (juin 1993) et l'ouvrage de Senti/Baltensperger publié sur le même sujet sous le titre "Schweiz, Wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentlichrechtlichen Bereich" (avril 1991).

111.2 Etat fédéral et fédéralisme

Fondement de notre Etat, le fédéralisme peut exercer des effets positifs sur l'économie partout où les conditions-cadre étatiques sont améliorées par une concurrence active des systèmes de réglementation. Mais il a suscité aussi, dans sa forme juridique, un grand nombre de problèmes pour le marché intérieur suisse. La délimitation des compétences prévue par l'article 3 cst., qui établit la compétence générale subsidiaire des cantons, conduit naturellement aux dispositions les plus diverses dans de nombreux domaines. Il ne s'agit pas d'aplanir simplement ces différences. Mais, lorsqu'elles ont pour conséquence de discriminer des sujets économiques externes, elles exercent des effets néfastes sur l'économie. Elles s'opposent à l'unification du marché intérieur et annulent les avantages offerts par l'espace économique suisse. Il faut donc éliminer ces différences par des méthodes adéquates au niveau fédéral, notamment dans l'intérêt du fédéralisme, qui ne saurait exister sur la base de telles discriminations.

Toutefois, le fédéralisme et le marché intérieur ne sont pas nécessairement incompatibles. Des compétences fédérales peuvent très bien être conçues de façon à prendre en compte l'intérêt économique d'avoir des marchés ouverts et des échanges interrégionaux.

111.3 La jurisprudence du Tribunal fédéral

Jusqu'ici, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le principe du fédéralisme a pesé d'un plus grand poids que la réalisation du marché intérieur. Cette jurisprudence ne considère les aspects fédéraux de la LCI que dans la mesure où l'exercice d'une activité lucrative ne peut en principe pas être lié à l'exigence d'avoir son domicile ou son siège social sur le lieu de ladite activité (cf. entre autres ATF *87* I 451 ss). De même, c'est en général sous l'angle de la proportionnalité seulement que le TF examine les dispositions cantonales qui, telle l'obligation de domicile, portent atteinte au libre exercice d'une activité lucrative et exercent ainsi un effet discriminatoire (ATF *106* Ia 129). Ainsi, la fonction de la LCI

consistant à mettre en oeuvre le marché intérieur n'est pas développée de manière indépendante et méthodique, mais apparaît (tacitement) en fin de compte comme fonction de l'examen de la proportionnalité. Un examen plus retenu de la proportionnalité fait finalement reculer la fonction de marché intérieur, alors qu'un examen strict contribue à la réalisation de celui-ci.

Selon la jurisprudence du TF, des réglementations cantonales différentes applicables au même domaine non seulement résistent à l'article 4 cst. mais sont aussi en principe compatibles avec la notion de l'unité de l'espace économique suisse (ATF *111* Ia 187 ss; *105* Ia 75 ss). En outre, l'article 31, 2e alinéa, cst., admet, selon la pratique de Griessen (ATF *97* I 499), en plus des mesures de police et de promotion économique, les prescriptions sociales et socio-politiques des cantons. Ont ainsi été reconnues de nouvelles attributions étatiques de large portée, de nature non policière, qui ont des effets directs et indirects sur l'économie. Entre le droit de police et la politique économique est apparue une troisième catégorie de mesures étatiques à caractère économique. La liberté économique peut donc être limitée par les cantons de différentes manières. Cette possibilité a d'ailleurs son pendant au niveau fédéral. La Confédération trouve dans l'article 31bis, 2e alinéa, cst., une base constitutionnelle comparable à l'article 31, 2e alinéa, qui l'autorise à limiter la LCI. Elle peut aussi, en s'appuyant sur d'autres compétences constitutionnelles, édicter des prescriptions limitant la LCI, notamment dans les domaines de la protection de l'environnement et de la politique énergétique.

111.4 La conception de la concurrence dans la constitution économique suisse

La constitution économique suisse n'assimile pas la liberté économique à la liberté de la concurrence. Elle protège la liberté du citoyen dans l'exercice d'une activité lucrative et ne conduit donc pas forcément à la concurrence. Si l'article 31 cst. (LCI) protégeait la concurrence, les cartels devraient être interdits, non pas en tant qu'exceptions à la LCI,

mais comme conséquences de la liberté économique ainsi comprise. La portée de la compétence constitutionnelle d'édicter des prescriptions en matière de droit de la concurrence (art. 31bis, 3e al., let. d, cst.) ne requiert pas ici de longs développements. Le fait est que les possibilités à disposition en la matière n'ont pas été totalement épuisées jusqu'ici. L'attitude traditionnelle de la Suisse à l'égard des cartels et autres associations analogues favorise également, dans le cadre de la répartition fédéraliste des compétences, les restrictions de droit public aux activités d'agents économiques externes par le biais de dispositions cantonales et communales.

111.5 Efforts déployés jusqu'ici par les cantons

La discussion sur l'Accord EEE a non seulement confronté les cantons aux exigences du marché unique européen, mais elle leur a également montré certaines lacunes du marché intérieur suisse, qui subsistent en dépit des concordats existants. L'entrée en vigueur de l'Accord EEE aurait aussi eu des conséquences sur les rapports intercantonaux. A la suite du rejet de cet accord, il s'agit de combler de manière adéquate les lacunes existant sur le plan interne.

Il faut pour cela encourager les cantons à créer des conditions-cadre communes par le biais de concordats et d'adaptations autonomes dans leurs domaines de compétence. A cet égard, les cantons déploient des efforts considérables d'harmonisation pour éliminer les discriminations existantes et, partant, les déficits qui subsistent par rapport au droit européen.

Le 18 février 1993, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, en accord avec la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires et la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales, a adopté l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes. Cet accord entrera en vigueur dès que 17 cantons y auront adhéré. Sur cette base sera réglementée notamment la reconnaissance des diplômes suivants: écoles secondaires et gymnases,

apprentissages professionnels cantonaux, formation des enseignants à tous les niveaux, formation dans les domaines de la musique, des arts appliqués et autres, formation dans les professions de la santé, formation du personnel spécialisé des bibliothèques et des centres de documentation, formation des adultes.

Au chapitre des marchés publics, un groupe de travail placé sous la direction du professeur Michel (Université de Fribourg) et mandaté par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement, en collaboration avec la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique, a élaboré à l'intention des cantons des projets de loi type, de déclarations de réciprocité et de concordat.

En outre, les conférences régionales des gouvernements cantonaux et différents cantons font des efforts considérables dans le cadre des discussions relatives au marché intérieur suisse et au marché unique européen.

Au niveau cantonal, de nombreux efforts sont en cours pour renforcer le marché intérieur suisse, efforts qui ont notamment pour objectif de permettre la participation de la Suisse - d'une manière ou d'une autre - au marché intérieur européen. Mais il importe de canaliser et de coordonner ces efforts. Dans cette perspective également, on pose actuellement les premières pierres. En octobre 1993, les cantons ont conclu un accord sur la création d'une "Conférence des gouvernements cantonaux", qui a pour but de promouvoir la collaboration entre les cantons dans leurs domaines de compétence et de garantir, dans les affaires fédérales qui concernent les cantons, la coordination et l'information nécessaires, en particulier dans les questions touchant la régénération et le développement du fédéralisme, la répartition des tâches entre Confédération et cantons, la formation de la volonté et la préparation des décisions au sein de la Confédération, l'exécution par les cantons de tâches fédérales ainsi que les politiques extérieure et d'intégration.

Mais il faut aussi se pencher sur les faiblesses du fédéralisme et de la collaboration intercantonale. La douloureuse histoire d'un certain nombre

de solutions basées sur des condordats montre bien que l'utilité d'une reconnaissance mutuelle et d'une harmonisation volontaire des mesures et des dispositions cantonales ne jouit toujours pas, en Suisse, de la reconnaissance qu'elle mérite. Les efforts complémentaires et parallèles de la Confédération visant notamment à encourager la conclusion de concordats n'en sont que plus nécessaires.

111.6 Relations avec les tâches de péréquation interrégionale de la Confédération

L'article économique 31bis ainsi que les articles 31^{quinquies} (article conjoncturel), 42ter (péréquation financière) et 22^{quater} (aménagement du territoire) cst. obligent la Confédération à agir lorsqu'il y a danger pour certaines parties du territoire et lui donnent le pouvoir d'engager des moyens d'aménagement propres à favoriser la péréquation interrégionale. Du point de vue politique, la politique régionale se justifie par la structure fédéraliste et la diversité de notre Etat fédéral. Dans un tel système, les disparités régionales sont plus fortement ressenties et prises en compte que dans un Etat centralisé, où la péréquation interpersonnelle passe au premier plan.

A partir du mandat constitutionnel et des disparités existant à l'époque, la Confédération s'est concentrée ces vingt dernières années surtout (en réaction) sur le développement des régions de montagne en recourant aux instruments directs de la politique régionale[3)].

Plus récemment, la discussion sur la politique régionale en Suisse a pris de nouvelles dimensions. La problématique du développement régional ne peut plus être réduite aux seules disparités démographiques et économi-

---

3) Les bases légales toujours en vigueur sont la loi fédérale du 28 juin 1974 sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne (RS 901.1; régionalisation, concept de développement régional, promotion de l'infrastructure), celle du 1er juillet 1966 sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature (RS 935.12) et celle du 25 juin 1976 encourageant l'octroi de cautionnements et de contributions au service de l'intérêt dans les régions de montagne (RS 901.2).

ques et aux différences de revenus. Elle englobe de plus en plus des questions touchant la structure démographique, la situation de l'emploi, ainsi que des aspects sociaux et écologiques. La qualité de la vie doit être explicitement prise en compte. La politique, sous l'angle de la politique régionale, ne devrait pas seulement consister à travailler par réaction, mais aussi à agir de manière créative. Par conséquent, la politique régionale de la Confédération doit suivre les développements de toutes les régions et parties du pays. On prêtera attention en particulier aux régions qui continuent de se dépeupler, à celles qui sont touchées par les réformes de la politique fédérale (agriculture, armée) et des régies fédérales (CFF, PTT), aux régions frontalières défavorisées, aux agglomérations confrontées à des problèmes sociaux et de transport ainsi qu'aux difficultés liées aux relations entre centres urbains et grandes banlieues.

Dans le rapport sur le programme de la législature 1991-1995 (FF *1992* III 1), il est question d'un réexamen général des instruments de la politique régionale. Mais ce n'est pas dans ce cadre-là seulement que l'on cherche des solutions aux problèmes régionaux. Les mesures visant à renforcer les structures économiques régionales et le rayonnement de la Suisse proposées dans le message du 27 avril 1994 (FF *1994* III 357 ss) y contribuent également puisqu'elles doivent permettre de développer, dans diverses régions du pays, des structures économiques à forte valeur ajoutée, tournées vers l'avenir, avec, à la clé, des places de travail qualifiées et sûres. Il en va de même de l'arrêté fédéral instituant une aide financière en faveur des régions dont l'économie est menacée, que le Parlement vient de reconduire pour deux ans.

Par contre, la réglementation des marchés n'est souvent pas le bon moyen pour atteindre des objectifs de politique régionale ou sociale. La loi sur la marché intérieur (LMI) ne traite donc pas de la politique régionale de la Confédération, même si, au niveau politique, il est souhaitable d'établir un lien entre marché intérieur et politique régionale, lien qui est même jugé indispensable par les cantons économiquement faibles (cf. ch. 32).

112 Domaines particuliers du marché intérieur

112.1 Circulation des marchandises - en particulier marchés publics et construction

On ne peut parler de marché intérieur dans le domaine de la **circulation des marchandises** que lorsque, d'une part, les biens provenant de différents endroits de l'espace économique considéré ont accès au marché aux mêmes conditions et que, d'autre part, l'accès au marché des offreurs est libre en ce sens que les coûts d'accès et de transaction, dans la mesure où ces derniers sont influencés par l'Etat, frappent de manière à peu près équivalente tous les offreurs. S'il est possible d'exclure des offreurs externes, ou si ceux-ci doivent satisfaire à des exigences sensiblement plus nombreuses que les offreurs locaux, ou inhabituelles, il n'y a pas de véritable marché intérieur. Il n'est réalisé que lorsque, sur le marché, les conditions de la concurrence sont égales pour tous les offreurs et qu'il existe dans les faits un accès non discriminatoire au marché.

Dans le commerce des marchandises, certains obstacles à la concurrence résultent de prescriptions cantonales sur les produits (sur le degré d'efficacité des chaudières, par exemple) qui diffèrent les unes des autres. Mais, s'agissant des produits pour lesquels il existe des prescriptions homogènes au niveau fédéral, l'application différente qui en est faite par les autorités cantonales chargées de l'exécution peut entraîner des restrictions de la concurrence qui sont en contradiction avec le marché intérieur. Il existe d'autres obstacles de droit public à la concurrence, notamment dans le domaine des marchés publics. Parallèlement à la Confédération, la plupart des cantons, de même que toutes les communes d'une certaine importance, disposent de leur propre réglementation en matière de soumissions. Tant les dispositions de ces réglementations que la pratique des cantons et des communes lors de l'adjudication des marchés (décisions discrétionnaires) sont souvent conçues à l'avantage des offreurs locaux, ce qui entrave les relations économiques intercantonales et ne facilite pas les efforts de libéralisation déployés, dans ce domaine, à l'échelle mondiale. A la différence de ce qui se passe pour la Confédération, de nombreuses réglementations cantonales sur les soumissions prescrivent des conditions d'admission qui limitent d'emblée

la participation d'entreprises extérieures au canton à la compétition qui prévaut lors l'adjudication des marchés. Au nombre de ces barrières figurent notamment les exigences relatives au domicile, l'inscription au registre du commerce ou au registre professionnel et les prescriptions concernant certaines exigences professionnelles. Il ne suffit pas toujours de répondre à ces exigences au moment donné: on exige un domicile sur le territoire du canton ou une inscription aux registres en question datant de plusieurs années. Ces inscriptions sont quelquefois assorties d'autres conditions à caractère protectionniste, telles que l'affiliation à l'association professionnelle locale, le fait d'avoir son domicile sur place, le respect de conventions collectives de travail locales n'ayant pas force obligatoire, etc.

112.2 Circulation des personnes, des services et des capitaux

C'est le propre d'un marché intérieur que de permettre aux personnes d'exercer une *activité lucrative* sans avoir à subir de manière injustifiée des entraves ou des discriminations découlant de réglementations étatiques (ou d'ententes privées). De même, un marché intérieur suppose la liberté d'établissement et la liberté de choisir son emploi. La **libre circulation des personnes** doit supprimer les obstacles à la mobilité des salariés et des indépendants.

La liberté de se créer une existence indépendante ou de se faire engager est, de fait, limitée dans tous les domaines où les diplômes professionnels sont des certificats cantonaux qui ne sont pas reconnus par les autres cantons et où les critères cantonaux déterminant l'accès au marché diffèrent les uns des autres. Cela concerne en particulier les diplômes d'enseignement pour les écoles préparatoires et les autres types d'écoles, les brevets d'avocat, le notariat, certaines catégories de professions paramédicales (physiothérapie, technique dentaire, laboratoire, etc.), les professions de l'hôtellerie, les thérapies naturelles, les professions d'opticien, de chauffeur de taxi, de guide de montagne, de moniteur de ski, de gérant d'immeubles et de négociant en vins. Les restrictions cantonales à l'accès aux professions libérales sont renforcées du fait que

la mobilité est déjà entravée au niveau de la formation en ce sens que les semestres passés, les cours fréquentés ou même les examens réussis dans des établissements d'autres cantons ne sont pas forcément pris en compte. L'établissement et le choix professionnel sont encore largement influencés par des taux d'imposition variables d'un canton à l'autre et d'une commune à l'autre. Les règlements qui contraignent les employés des services publics à être domiciliés sur place limitent encore la mobilité. En ce qui concerne l'exercice proprement dit de la profession, des règlements spécifiques locaux fixant les heures d'ouverture, ou des prescriptions relatives au travail de nuit, au repos dominical, etc., entravent la pratique de certaines professions. Toutes ces réglementations limitent l'exercice de certaines activités lucratives et la possibilité de mener une existence indépendante, de changer d'emploi et de choisir librement son domicile. Chaque fois qu'une profession ne peut être exercée librement et que la libre circulation des personnes n'est pas réalisée, la concurrence sur les marchés en amont et en aval est, elle aussi, touchée.

La **libre circulation des services** est étroitement liée à celle des personnes. Elle vise à éliminer les obstacles qui restreignent en premier lieu le nombre des offreurs de services (par exemple par l'octroi de concessions). La libre circulation des services existe quand l'offreur n'a pas à se plier à des réglementations différentes d'un lieu à l'autre, à savoir quand le respect des réglementations en vigueur à son lieu de domicile lui ouvre une fois pour toutes l'accès à l'ensemble du marché. En matière de fourniture de services, la libre concurrence est entravée ou rendue impossible notamment par les obligations d'établissement, les monopoles d'Etat, les concessions et autorisations obligatoires, les réglementations sur les prix et toutes les autres conditions imposées par des lois et des ordonnances ainsi que par des règles professionnelles impératives ou des normes techniques applicables au niveau local seulement.

Dans le contexte de la LMI, les domaines dans lesquels l'accès au marché est régionalement limité revêtent un intérêt particulier[4]). Les monopoles territoriaux régionaux ou suprarégionaux, qui rendent très difficile voire impossible l'accès au marché pour les nouveaux offreurs, existent notamment en matière d'énergie et d'assurances. Les services sanitaires (gaz, eaux, eaux usées), les services de taxi et le secteur hôtelier obéissent à des règles très différentes d'un endroit à l'autre. Leur caractéristique commune est l'octroi de concessions pour l'accès au marché. Pour la fourniture de services dans ces branches, il existe des barrières locales qui réglementent l'accès au marché, favorisent les offreurs locaux, fixent des tarifs uniformes et, de manière générale, limitent la concurrence.

La **libre circulation des capitaux** à l'intérieur de la Suisse est très largement réalisée. Une monnaie unique, des banques à l'oeuvre dans tout le pays et l'absence, depuis toujours, de toute influence de l'Etat sur les activités de crédit garantissent l'existence d'un marché intérieur dans le domaine financier. Mais la libre circulation des capitaux suppose aussi des possibilités d'investissement identiques ou, tout au moins, équivalentes. Si des Confédérés contrôlent une entreprise ou y ont une participation déterminante, cette circonstance ne devrait pas entraîner de désavantages si l'entreprise a par exemple besoin d'une concession cantonale.

12 Effets de la situation actuelle

121 Effets de désintégration pour la Suisse

Les obstacles de droit public actuels, aux échelons tant fédéral que cantonal ou communal, ont des effets négatifs sur les relations économiques intercantonales et favorisent la formation de marchés régionaux cloisonnés. Non seulement ils freinent l'intégration économique de la Suisse, mais ils présentent également une composante sociale et politi-

4) En se concentrant sur la dimension régionale, on laisse de côté les monopoles du sel, des poudres, de l'alcool et des banques d'émission de lettres de gage ainsi que les concessions obligatoires dans les domaines relevant du DFTCE (radios locales, p. ex.)

que. De ce point de vue aussi, il importe donc de promouvoir la mobilité des personnes et des entreprises, d'intensifier les contacts commerciaux intercantonaux et de contribuer ainsi à renforcer les liens confédéraux.

122 Atteinte à la réalisation du droit fondamental

Les entraves à la concurrence telles que les exigences de domicile, les inscriptions au registre du commerce ou au registre professionnel et la non-reconnaissance de certificats de capacité portent atteinte aux droits individuels découlant de la LCI (art. 31 cst.), en particulier au droit de choisir sa profession et à la liberté de l'exercer. Parce qu'elles limitent la mobilité des personnes actives, de telles entraves à la concurrence restreignent la réalisation de la liberté d'établissement (art. 45 cst.). Or, un système économique axé sur l'initiative privée exige la plus grande liberté de circulation possible pour garantir la mobilité nécessaire.

123 Inégalité de traitement entre marchandises et services suisses et étrangers

La commercialisation en Suisse de biens et de services importés dépend aussi souvent de dispositions cantonales ou communales. Cependant, en vertu de l'article 13 de l'Accord de libre-échange entre la Suisse et la CE de 1972 (RS *0.632.401*) et des accords de libre-échange conclus avec d'autres pays européens, la Confédération est tenue de garantir aux produits étrangers l'accès à tout le marché suisse. Il incombe aux cantons de mettre en oeuvre cette obligation. Par contre, dans les échanges économiques intercantonaux, la libre circulation des produits suisses peut être entravée par les obstacles de droit public dont il a été question plus haut. Il en résulte que les produits étrangers sont mieux traités juridiquement que les produits indigènes quant aux possibilités de débouchés.

Le même problème se pose dans le cadre du commerce mondial à propos des engagements pris par la Suisse au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT, RS *0.632.21*). Le principe du

traitement national interdit un traitement des marchandises étrangères moins favorable, quant aux conditions de commercialisation, que celui accordé aux marchandises indigènes. Ici aussi, il est difficile de comprendre pourquoi les produits nationaux non locaux devraient être moins bien traités que les produits étrangers bénéficiant de droits conférés par le GATT (cf. ch. 143 et 222.5).

124 Implications économiques des marchés cloisonnés

Les prescriptions cantonales et communales qui protègent les offreurs publics privilégient les acteurs du marché établis ou entravent la concurrence, aboutissent à la création de marchés cloisonnés au lieu d'ouvrir un espace économique unique et, par là même, interrompent les mécanismes du marché, avec tous les inconvénients qui en résultent pour l'économie dans son ensemble.

124.1 Niveau excessif des prix

Il y a en Suisse toute une série de branches économiques qui sont fortement orientées vers le marché intérieur. Cette orientation n'est pas toujours fonction de la nature des biens et des services produits ou offerts par les branches en question. Il existe souvent un cloisonnement qui résulte en premier lieu de l'existence d'ententes privées (cartels d'importation) ou de prescriptions étatiques restrictives. La conséquence des restrictions internationales à l'accès au marché est la constitution d'"îlots de prix", comme l'a bien montré récemment une étude comparative des prix de l'OCDE et de l'AELE à propos du cas de la Suisse[5]. La segmentation additionnelle du marché national par les prescriptions cantonales et communales rend souvent plus difficile l'accès au marché également pour les offreurs potentiels du pays. La pression concurrentielle se réduit et la marge de manoeuvre des offreurs établis augmente

5) Cf. OCDE, Purchasing Power Parities, Paris 1992, et EUROSTAT, Consumer Prices in the EEC, 1989/90/91, Luxembourg, 1991/92/93.

d'autant. Si la situation concrète autorise des pratiques concertées ou un comportement monopolistique, le danger existe que les prix dépassent le niveau concurrentiel et permettent ainsi à l'offreur de récolter des gains exagérés sous forme de rentes. Ce procédé lèse les intérêts des consommateurs, notamment des consommateurs privés qui, sur les marchés protégés, ne bénéficient souvent pas du pouvoir d'achat que laisseraient attendre les salaires nominaux élevés versés en Suisse.

Un problème particulier découle du fait que la structure des marchés protégés par des ententes privées ne peut se maintenir qu'à l'abri des réglementations étatiques (obligation de demander des offres indicatives auprès de l'association). Ainsi, pour les marchés publics, les restrictions à l'accès au marché directes (conditions d'admission) et indirectes (dispositions d'exclusion lors de sous-offres, critères d'adjudication) ont pour conséquence un niveau des prix artificiellement élevé pour les marchés publics. Dans ce cas, le contribuable, qui a intérêt à ce que les fonds publics soient utilisés de manière efficace, est lésé puisqu'il subventionne indirectement les entreprises locales.

124.2 Diminution de la compétitivité

Les restrictions à l'accès au marché qui protègent de la concurrence n'ont pas pour seules conséquences un niveau excessif des prix et des marges bénéficiaires indûment élevées pour les entreprises favorisées; la protection étatique aboutit aussi souvent à des problèmes de structure d'entreprise. Les priorités motivées par la politique structurelle, telles qu'elles apparaissent fréquemment dans la procédure de sélection pour des marchés publics, conduisent régulièrement à des surcapacités locales. La branche de la construction en Suisse est structurée à très petite échelle car les grands de l'industrie du bâtiment doivent maintenir de nombreuses succursales locales. La segmentation des marchés empêche aussi des entreprises d'autres branches de se donner la taille optimale du point de vue des coûts en comparaison internationale. L'action de l'Etat visant à maintenir de telles structures constitue souvent un avantage douteux pour les entreprises en cause. Cette protection ne peut se

maintenir durablement ni augmenter à volonté. Les ajustements structurels n'en sont que différés: ils s'imposeront tôt ou tard en raison de l'évolution technique, de modifications du contexte international ou de nouvelles priorités sociales. Souvent alors, ils sont liés à des processus d'adaptation sensiblement plus douloureux que dans le cas d'une pression d'adaptation constante. Si, dans une branche économique, la différence entre les structures actuelles et celles capables de subsister devient trop grande, on risque d'assister à la perte irréparable de parts de marché et à la perte de capitaux consécutive à la faillite de nombreuses entreprises. La possibilité de trouver des emplois pour la main-d'oeuvre libérée devient aussi régulièrement un problème. Précisément dans l'intérêt de la sécurité de l'emploi à long terme, il convient de renoncer aux mesures à effet protectionniste.

125 Tension entre le secteur de l'exportation et l'économie intérieure protégée

L'économie suisse présente des tendances dualistes. Aux branches exposées à une forte concurrence étrangère font face, outre l'agriculture, de nombreuses branches de l'industrie et des services, orientées de manière prédominante vers l'intérieur, qui bénéficient d'une protection sur la base de multiples restrictions de la concurrence tant étatiques que privées. Alors que l'économie d'exportation est confrontée à une concurrence accrue, elle souffre des charges découlant de coûts intérieurs élevés qui, en présence d'un secteur de la santé en expansion, d'un secteur étatique qui s'accroît et du manque de liberté des facteurs de production dans les branches économiques protégées, ont encore tendance à s'élever. On le constate très nettement dans le niveau relativement élevé du coût de la vie en comparaison avec l'étranger et, ainsi, dans la différence entre les salaires nominaux élevés qui interviennent dans le calcul des prestations exportées et le pouvoir d'achat réel de ces salaires en Suisse même. Mais des différences analogues se manifestent aussi dans diverses prestations intermédiaires que le secteur de l'exportation doit se procurer auprès de l'économie intérieure (par exemple les prestations d'infrastructure). Le niveau actuel des prix et des coûts n'autorise

pas à conclure que notre dépendance à l'égard des exportations assure à elle seule un contrepoids suffisant et que la concurrence internationale peut exercer un effet appréciable sur le marché intérieur suisse.

C'est pourquoi un marché intérieur protégé de la concurrence internationale et fractionné en marchés partiels cloisonnés ne réduit pas seulement la marge de manoeuvre de la politique économique extérieure; il met aussi inéluctablement en danger, par l'imbrication des secteurs économiques, les parties de l'économie à orientation internationale. L'efficacité du marché intérieur est devenue un élément constitutif des conditions-cadre qui déterminent la compétitivité internationale d'un pays. Le marché intérieur suisse, réglementé et soustrait à une concurrence efficace, pèse sur la compétitivité internationale du pays à long terme.

De par sa nature, l'interventionnisme économique est souvent engagé pour la défense d'intérêts particuliers à court terme. Afin de garantir aussi la compétitivité à long terme des secteurs protégés, il faut en revanche une politique qui accroisse la capacité d'adaptation du système économique et favorise le renforcement du potentiel d'autorégulation des marchés. La libéralisation du marché intérieur ne sera donc pas seulement bénéfique pour la prospérité de la Suisse en général, mais aussi pour l'économie indigène protégée. Les forces du marché unique européen soumettront à une pression constante non seulement les branches de l'économie axées sur l'exportation, mais aussi les secteurs protégés tournés vers le marché national, les contraignant ainsi à s'adapter. La création, en Suisse, d'un marché intérieur ouvert est une démarche qui s'impose si l'on veut maintenir la prospérité du pays dans le cadre du processus de globalisation des marchés.

13 Nécessité de renforcer le marché intérieur suisse

131 Situation actuelle

Les explications qui précèdent montrent clairement la nécessité de prendre des mesures pour renforcer le marché intérieur suisse. Voici, en résumé, les raisons que l'on peut invoquer:

L'espace économique suisse, au sens de marché intérieur, est confronté aux obstacles de droit public les plus divers. Dans les domaines de la libre circulation des marchandises (notamment dans les soumissions), des personnes et des services, par exemple, il existe des réglementations édictées aux échelons cantonal et communal qui protègent les offreurs locaux et privilégient les acteurs du marché établis sur place, avec pour résultat de diminuer la concurrence. Le cloisonnement des marchés qui en est la conséquence cause à son tour, outre un niveau excessif des prix, la survivance de structures d'entreprises qui, à long terme, ne sont pas à la hauteur des exigences de la concurrence internationale et se verront contraintes à de douloureux ajustements si l'on n'engage pas à temps un processus de déréglementation. Celui-ci est le garant de la compétitivité, nécessaire dans le contexte international, de l'économie dans son ensemble. La création de places de travail par le biais de procédés protectionnistes ne garantit pas la prospérité de l'économie. Elle incite plutôt à demander toujours davantage l'intervention et le soutien de l'Etat, ce qui va à l'encontre de la déréglementation recherchée. La segmentation des marchés, avec pour résultat le niveau excessif des prix ainsi que les coûts intérieurs surfaits qui en résultent en partie, diminuent considérablement la compétitivité internationale de l'économie d'exportation.

L'intégration européenne dans le cadre de l'UE a progressé plus vite que le processus du marché intérieur suisse. Au niveau européen, grâce au programme du marché unique, de meilleures conditions-cadre, qui ont permis la réalisation effective de la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, ont été fixées. En outre, l'internationalisation croissante des marchés engendre également une concurrence toujours plus forte. Ce n'est pas la seule économie

d'exportation qui doit relever ces défis, mais l'économie suisse dans son ensemble.

La jurisprudence du TF à propos de la LCI n'a pas accordé beaucoup de poids jusqu'ici aux composantes du marché intérieur favorables au droit individuel d'accès au marché et, partant, à la concurrence, par rapport au principe du fédéralisme. Mais les choses pourraient changer avec le temps. Considérant les défis internationaux auxquels l'économie suisse est confrontée aujourd'hui, le législateur, aux niveaux fédéral et cantonal, est contraint de prendre des mesures adéquates afin de garantir et de renforcer la compétitivité internationale de la place économique suisse.

132 Amélioration reposant sur les bases constitutionnelles existantes

Le projet de loi repose sur l'article 31bis, 2e alinéa, cst., aux termes duquel la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie lorsque l'intérêt général le justifie. Une compétence concurrente est également octroyée aux cantons (art. 31, 2e al., cst.). Si le législateur fédéral fait usage de sa compétence, les réglementations cantonales concurrentes sont supplantées par celles de la Confédération (cf. ch. 6). S'agissant de la reconnaissance des certificats de capacité, le projet se fonde sur l'article 33, 2e alinéa, cst. Le projet de loi se sert de cette compétence fédérale de manière à préserver au maximum le fédéralisme, en se bornant à empêcher des restrictions injustifiées à l'accès au marché. Il ne propose pas une harmonisation ou une uniformisation du droit par la Confédération et ne dote pas cette dernière de nouvelles compétences, mais permet à la Confédération d'assumer la responsabilité qui lui incombe, à savoir de contribuer au renforcement et à l'amélioration de la compétitivité de la place économique suisse. En outre, le fédéralisme est préservé puisque les accords intercantonaux sur les marchés publics et la reconnaissance des diplômes qui satisfont aux exigences minimales de la LMI l'emportent sur cette dernière. Lorsque l'accès au marché dans les domaines mentionnés est garanti par des accords intercantonaux, la loi ne doit plus s'appliquer. Au

demeurant, ces accords intercantonaux sont également liés au droit fondamental qu'est la LCI.

133 Complémentarité par rapport à la révision de la loi sur les cartels et à la nouvelle loi fédérale sur les obstacles techniques au commerce

Les projets de loi sur le marché intérieur et de révision de la loi sur les cartels sont complémentaires puisque tant les restrictions relevant du droit public que les mesures de droit privé sont susceptibles d'entraver les relations économiques intercantonales. Tandis que les restrictions de la concurrence relevant du droit privé (cartels, accords verticaux, entreprises en position dominante sur le marché et concentrations d'entreprises) sont couvertes par la révision de la loi sur les cartels, la LMI vise quant à elle à supprimer les dispositions et les mesures de nature protectionniste édictées par les cantons et les communes. Les deux actes législatifs se complètent donc; ils veulent à la fois donner un cadre juridique aux restrictions de la concurrence pratiquées par les acteurs économiques privés et améliorer les conditions-cadre de cette concurrence, qui relèvent du droit public.

Le projet de loi fédérale sur les obstacles techniques au commerce fait également partie du premier train de mesures visant à régénérer l'économie de marché. Cette loi vise à créer des bases homogènes à même d'éliminer ou de réduire les obstacles techniques au commerce qui relèvent du domaine de réglementation de la Confédération. La loi sur les cartels, la loi sur le marché intérieur et la loi sur les obstacles techniques au commerce constituent les bases d'un "marché suisse" ouvert tant à l'intérieur que vers l'extérieur.

14 Aspects de droit comparé

La LMI entend en tout premier lieu appliquer le principe dit Cassis-de-Dijon, adapté à cette occasion au cadre juridique suisse. Ce principe

prévoit que l'autorisation de commercialisation de marchandises, de services et d'autres activités lucratives doit être régie par les prescriptions en vigueur au lieu de provenance. Il est donc intéressant d'examiner, sans entrer dans les détails, ce principe développé par la Cour de justice des CE (CJCE) et de montrer les développements analogues qu'il a connus dans l'UE dans les domaines du droit d'établissement et de la libre circulation des services. Il faudra enfin expliquer la situation juridique qui découle des dispositions de l'Accord de libre-échange de 1972 et du GATT.

141 Situation juridique dans l'UE

141.1 Application du principe Cassis-de-Dijon à la libre circulation des marchandises

L'article 30 du Traité de Rome (TCEE) dispose que les restrictions quantitatives à l'importation et toutes les mesures d'effet équivalent sont interdites entre Etats membres. Des exceptions au titre de l'article 36 TCEE sont autorisées pour des motifs relevant de l'ordre public à condition qu'elles ne soient pas appliquées d'une manière arbitraire ou abusive.

L'article 30 TCEE a pour but l'élimination de tous les obstacles non tarifaires à la libre circulation des marchandises entre Etats membres. Au nombre de ces obstacles figurent les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Leur interdiction vise non seulement à empêcher un protectionnisme intentionnel, mais aussi à éviter que ne s'élèvent d'autres obstacles à l'importation résultant de mesures prises dans un autre but. Les entraves à l'importation provoquées par de telles mesures ne sont donc pas autorisées par le droit communautaire lorsque le but qu'elles poursuivent ne saurait légitimer, du point de vue du droit communautaire, les entraves au commerce qu'elles suscitent ou lorsque la poursuite d'un but légitime en soi ne justifie pas les obstacles au commerce concrets qui en résultent.

Comme le but de cette norme est double (empêcher un protectionnisme déguisé et éviter des obstacles inutiles à l'importation), il ne s'agit pas de savoir, à propos de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, si une mesure préjudiciable au commerce discrimine formellement des marchandises importées. Bien sûr, une discrimination manifeste à l'encontre de marchandises importées peut faciliter la constatation de l'existence d'une restriction à l'importation; mais il faut admettre qu'un traitement différencié n'a pas nécessairement pour effet de restreindre les importations. Le critère décisif est celui de savoir si une mesure est susceptible d'entraîner des effets faisant obstacle aux importations. Si l'on s'en tient à la *formule dite de Dassonville*[6] fixée en 1974 par la CJCE, il y a lieu de considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative "toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire"[7].

Le critère de l'entrave au commerce conformément à la formule Dassonville s'applique également à de nombreuses autres réglementations générales (qui ne sont pas seulement applicables aux marchandises importées) constituant l'expression de tâches publiques légitimes (p. ex. dans les domaines de la protection de la santé, de l'environnement ou de la défense des consommateurs), réglementations qui, en fixant des exigences précises quant à la composition, la structure technique, la commercialisation ou l'utilisation de marchandises, peuvent renchérir les coûts et avoir pour effet d'entraver les importations. Il est alors apparu nécessaire de limiter le critère de l'entrave au commerce. En effet, l'article 30 TCEE entend bien assurer la libre circulation des marchandises, mais ne vise pas à supprimer en même temps la compétence fondamentale des Etats membres de poursuivre séparément des buts de protection d'intérêt public reconnus par le droit communautaire, du moins tant qu'il n'existe aucune réglementation communautaire en la matière.

---

6) CJCE, Dassonville, rec. 1974, p. 837 ss.

7) Arrêt Dassonville, op. cit. p. 847. La définition correspond à l'esprit de la clause intercommunautaire de l'article 85, 1er alinéa, TCEE, dirigée contre les restrictions de la concurrence.

A cet égard, l'arrêt *Cassis-de-Dijon*[8] rendu par la CJCE en 1979 a joué un rôle décisif. *Il pose le principe que les produits fabriqués et commercialisés légalement dans l'un des Etats membres doivent en principe être admis dans toute la Communauté.* La CJCE reconnaît, il est vrai, le principe selon lequel, en l'absence de réglementation communautaire sur la fabrication ou la commercialisation d'un produit, il appartient aux Etats membres d'édicter des prescriptions applicables sur leur propre territoire. Cependant, selon la CJCE, les obstacles au commerce qui en résultent ne sont admissibles que dans la mesure où de telles prescriptions "peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs"[9].

Une réglementation uniformément applicable à des marchandises de toute provenance, dans un domaine qui n'est pas régi par une norme communautaire, ne constitue dès lors pas une mesure d'effet équivalent, en dépit du fait qu'elle est propre à entraver les importations (au sens de la formule Dassonville), si elle est nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives de l'intérêt public. L'application de la disposition interdisant les mesures d'effet équivalent se traduit par un antagonisme entre les exigences de la libre circulation des marchandises dans le marché commun et les besoins impératifs, pour les Etats membres, de légiférer pour des motifs relevant de l'intérêt public. La CJCE procède toujours à une pesée des biens et des intérêts en présence, fondée sur le principe de la proportionnalité et cherchant l'équilibre entre le principe de la libre circulation des marchandises et le besoin de protection que traduit la mesure nationale en cause. Dans le cadre de l'*examen de la proportionnalité*, il y a notamment lieu de se demander également si une mesure,

---

8) CJCE, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein, rec. 1979, p. 649 ss.

9) Arrêt Cassis-de-Dijon, op. cit., p. 662.

en soi appropriée pour atteindre l'objectif fixé, est vraiment celle qui constituera le moindre obstacle à la libre circulation des marchandises[10].

La CJCE a confirmé dans plus de cent arrêts sa jurisprudence relative au principe Cassis-de-Dijon: l'interdiction des mesures d'effet équivalent a ainsi été appliquée à toutes sortes de réglementations nationales qui, sans être discriminatoires, ont des effets restrictifs sur le commerce. Les arrêts les plus récents ont tendance à mettre un terme à l'élargissement illimité de la notion de mesure d'effet équivalent. Au vu de la compétence certes fonctionnelle, mais limitée, de la Communauté, les cas qui ne concernent que les situations internes à un Etat membre, c'est-à-dire qui n'affectent pas véritablement la circulation des marchandises entre Etats membres, sont exclues du champ d'application de l'article 30 TCEE. Les cas dit du "Sunday trading"[11] démontrent qu'une réglementation portant sur les heures de fermeture des magasins n'est normalement pas de nature à entraver le commerce interétatique. Dans l'arrêt Keck[12], les considérants à ce sujet se réfèrent aux modalités de vente en tant que telles et sont donc, d'une certaine manière, généralisables.

Selon le principe Cassis-de-Dijon, le droit applicable en matière de circulation des marchandises est celui du *pays de provenance*. Cela signifie que, sous réserve d'exigences impératives relevant de l'intérêt public, un produit mis sur le marché dans un Etat membre conformément aux règles de cet Etat peut circuler librement dans tout le marché commun. Le principe du pays de provenance repose finalement sur la reconnaissance mutuelle des règles juridiques et techniques, considérées comme équivalentes, et donc sur la confiance de chacun des Etats membres dans les systèmes juridiques des autres. Les organes supranationaux de l'UE, en particulier la Commission des CE et la CJCE,

---

10) L'importation ne peut pas, par exemple, être interdite pour des motifs relevant de la défense des consommateurs lorsque le consommateur peut être suffisamment informé par un étiquetage adéquat.

11) CJCE, arrêt du 23 novembre 1989, Torfacn, aff. 145/88, Rec. 1989, p. 3851; CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, Rochdale Bourough Council, aff. 306/88, Rec. 1992, p. 6457; CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent, aff. 169/91, Rec. 1992, p. 6635.

12) CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, Keck, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. 6097.

assurent l'unité de l'application et de l'interprétation de la liberté du marché intérieur et en fixent les limites admissibles.

141.2 Analogies entre le droit d'établissement et la libre circulation des services

La *liberté d'établissement* prévue par l'article 52, 2e alinéa, TCEE, concerne l'accès aux activités indépendantes et leur exercice ainsi que la création et la gestion d'entreprises, notamment de sociétés au sens de l'article 58, 2e alinéa, TCEE. La liberté d'établissement implique une activité économique réelle au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée[13]. L'article 52 TCEE pose le principe de l'assimilation des ressortissants des autres Etats membres aux nationaux en interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations, réglementations ou pratiques nationales[14]. La disposition ne vise pas seulement la discrimination patente sur la base de la nationalité, mais toute forme de discrimination déguisée qui, par d'autres critères de distinction, aboutit en fait au même résultat[15]. En ce qui concerne la reconnaissance des titres et des diplômes, la CJCE a jugé qu'un Etat membre, saisi d'une demande de reconnaissance d'un ressortissant de la Communauté, doit examiner si les connaissances et l'expérience acquises précédemment équivalent à celles que prévoit la législation du pays d'accueil[16].

Les articles 59 et 60 TCEE consacrent le principe de la *libre circulation des services*. Sont visés les échanges transfrontaliers de services rémunérés, à caractère temporaire[17]. Comme l'article 52 TCEE, l'article 59 TCEE prohibe non seulement les discriminations manifestes fondées

---

13) CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, Factortame, aff. C-221/89, Rec. 1991, p.I-3905.

14) CJCE, arrêt du 18 juin 1985, Steinhauser, aff. 197/84, Rec. 1985, p. 1819.

15) CJCE, arrêt du 28 avril 1977, Thieffry, aff. 71/76, Rec. 1977, p. 765.

16) CJCE, arrêt du 7 mai 1991, Vlasspoulou et a., aff. C-340/89, Rec. 1991, p. I-3003; confirmé par l'arrêt du 7 mai 1992, Aguirre Borrell parmi d'autres, aff. C-104/91, rec. 1992, p. I-3003.

17) CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, Humbel, aff. 263/86, Rec. 1988, p. 5365.

sur la nationalité, mais aussi toutes les formes de discrimination déguisée qui, par l'application d'autres critères, aboutissent en fait au même résultat[18]. Le principe du traitement national n'a pas permis à lui seul de lever les obstacles résultant de réglementations commerciales et professionnelles applicables sans distinction. La CJCE a donc étendu le champ d'application de l'article 59 TCEE à toutes les restrictions à la libre circulation des services qui, bien qu'elles s'appliquent sans distinction, sont susceptibles d'empêcher ou de gêner les activités d'un prestataire établi dans un autre Etat membre où il offre déjà des services analogues[19].

La CJCE admet pourtant que la libre circulation des services puisse être limitée lorsque des raisons impératives relevant de l'intérêt public le justifient et pour autant que cet intérêt public ne soit pas déjà sauvegardé par les prescriptions de l'Etat dans lequel le prestataire est établi et que le même résultat ne puisse être obtenu par des règles moins contraignantes. Dans une communication explicative sur la libre circulation transfrontière des services[20], la Commission des CE a résumé la jurisprudence de la CJCE et expliqué que, en principe, un Etat membre ne peut interdire sur son territoire la libre prestation d'un service qui satisfait aux conditions du droit du pays d'origine, même si les conditions auxquelles est soumise la prestation de ce service dans le pays où le fournisseur est établi diffèrent de celles du pays auquel ce service est destiné.

142 Interdiction des mesures d'effet équivalent dans l'Accord de libre-échange de 1972

L'article 13, 1er alinéa, de l'Accord de libre-échange conclu entre la Suisse et la CE (ALE) prescrit qu'aucune nouvelle restriction quantitative à l'importation ou mesure d'effet équivalent ne peut être introduite dans les échanges entre la Communauté et la Suisse. Comme dans le TCEE,

---

18) CJCE, arrêt du 5 décembre 1989, Commission CE/Italie, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035.

19) CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, Säger, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221.

20) JOCE no C 334/3 du 9 décembre 1993.

l'interdiction des mesures d'effet équivalent est relativisée par une réserve d'ordre public, énoncée à l'article 20 ALE. Celle-ci prévoit que les restrictions justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, ainsi que de protection de la santé, des biens culturels et de la propriété intellectuelle sont autorisées. Cette exception est à nouveau limitée, comme dans le TCÉE, par une disposition qui interdit les discriminations arbitraires et les restrictions déguisées au commerce.

Dans les années septante et huitante, certaines divergences sont apparues dans les arrêts rendus par la CJCE[21] et les cours suprêmes des Etats membres de l'AELE[22] concernant l'interprétation de l'interdiction des mesures d'effet équivalent découlant du TCEE d'une part et des différents accords de libre-échange conclus entre chacun des pays de l'AELE et la CE d'autre part. Certains récents arrêts de la CJCE[23] montrent toutefois que les interdictions considérées doivent être comprises comme étant largement semblables. On peut donc considérer aujourd'hui comme acquis que le rôle fondamental de l'interdiction des mesures d'effet équivalent est identique dans le contexte du droit communautaire et dans celui du libre-échange. Dans les deux cas, il s'agit d'interdire par des règles de droit les mesures qui entravent le commerce entre Etats au même titre que les restrictions quantitatives. En d'autres termes, il s'agit d'éviter que des mesures portant une qualification différente soient prises en lieu et place de mesures d'effet équivalent. S'agissant de l'ALE, on peut également relever que la notion de mesure d'effet équivalent englobe toutes les mesures dont l'effet équivaut à une restriction quantitative, qu'elles soient applicables sans distinction ou qu'elles aient un caractère discriminatoire.

---

21) Cf. CJCE, Rec. 1982, p. 329 ss (Polydor); CJCE, Rec. 1982, p. 3641 ss (Kupferberg).

22) Cf. ATF **105** II 49 (Omo); Arrêt de la Cour suprême autrichienne dans l'aff. "Austro-Mechana", in: GRUR Int. 1980, fasc.3, p. 185 ss.

23) CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. 4625 ss (Legros) à propos de l'ALE entre la CE et la Suède; arrêts du 25 mai 1993, aff. C-228/91 (Commission-Italie) à propos de l'ALE entre la CE et la Norvège, et du 1er juillet 1993, aff. C-2207/91 (Eurim Pharm) à propos de l'ALE entre la CE et l'Autriche, Rec. 1993, p.I-3723. La pratique du Tribunal fédéral ne présente pas d'unité à cet égard: cf. ATF **11** Ib 323, **112** Ib 183 et **118** Ib 367.

Les règles commerciales multilatérales du GATT (RS *0.632.21*) se fondent essentiellement sur le principe de la non-discrimination. Ce principe se subdivise en deux volets fondamentaux: le principe de la nation la plus favorisée (MFN, art. I) et le principe du traitement national (art. III). Le GATT comprend des disciplines applicables entre Etats souverains. Il s'agit dans une certaine mesure de standards minimaux, de principes d'une intégration encore relativement rudimentaire. Ainsi peut-on d'autant plus partir de l'idée que ces principes peuvent également servir de lignes directrices, au sens d'exigences minimales, pour le marché intérieur d'un Etat fédéral. Avant tout, le fait que les contraintes que subissent les produits étrangers devraient être a priori également applicables aux produits indigènes plaide en faveur de cette interprétation. On comprendrait difficilement que d'autres produits nationaux soient en fin de compte plus mal traités que le produit étranger profitant des règles de l'accord international en question. Les cantons ne sont aujourd'hui liés qu'à certaines conditions par le GATT (art. XXIV:12). Selon la pratique du GATT, la Confédération doit cependant tout mettre en oeuvre, avec les moyens dont elle dispose, pour concrétiser ses engagements.

Le principe de la non-discrimination inscrit à l'article III interdit de traiter d'une manière moins favorable les produits étrangers, quant aux conditions de commercialisation, que les produits indigènes. La législation et la pratique doivent les traiter d'une manière identique. Des exceptions ne sont possibles que dans les cas où elles sont couvertes par les conditions prévues à l'article XX. On pense ici essentiellement à des mesures relevant de la police sanitaire et visant à protéger la vie des personnes, des animaux et des plantes ainsi que la loyauté et les bonnes moeurs. La règle est que ces restrictions ne peuvent pas être arbitraires ni injustement discriminatoires. Elles ne doivent en outre pas constituer un obstacle déguisé au commerce. Cette définition permet d'introduire dans la législation des mesures protectionnistes dont la justification est toutefois exclusivement fondée sur des intérêts publics.

La non-discrimination trouve une seconde application dans le domaine important des prescriptions techniques, qui constituent souvent un

obstacle aux échanges. L'article 2.1 de l'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce conclu lors du Tokyo Round (RS *0.632.231.41*) et la disposition équivalente du nouveau code adopté lors de la signature de l'Acte final du cycle d'Uruguay le 15 avril 1994 contraignent les Etats à ne pas appliquer aux produits étrangers des règlements techniques plus stricts que ceux qu'ils appliquent aux marchandises d'origine nationale. L'article 2.2 du même accord oblige les Etats à utiliser les normes internationales, c'est-à-dire harmonisées, dans la mesure où il en existe, comme base de leurs prescriptions techniques. Les dérogations sont à motiver (sur demande) et doivent être justifiées par des intérêts publics (p. ex. la sécurité, la prévention des pratiques trompeuses, la protection de la santé et de l'environnement, etc.).

Enfin, il y a encore lieu de mentionner l'actuelle réglementation du GATT sur les marchés publics et celle qui lui succédera dans le cadre de la future Organisation mondiale du commerce (OMC). L'actuel code sur les marchés publics conclu lors du Tokyo Round (RS *0.632.231.42*), dont le champ d'application est limité à certains achats de la Confédération, fixe à son article II les principes de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national. Dans les réglementations nationales et leur application, les offres étrangères ne doivent pas être évaluées selon des critères plus stricts et, partant, moins favorables. Le nouvel Accord du GATT sur les marchés publics signé le 15 avril 1994 étend le champ d'application de règles de procédure relativement détaillées non seulement à de nouvelles entités adjudicatrices de la Confédération, mais aussi aux cantons pour les achats (annexe 2) et les services (annexe 4) d'une valeur de plus de 200'000 droits de tirage spéciaux (DTS), ainsi que pour les services de construction (annexe 5) d'une valeur de plus de 5'000'000 DTS. Des dispositions spécifiques s'appliquent aux entreprises mixtes oeuvrant dans les domaines de l'eau, de l'électricité, des transports urbains, des aéroports et des ports sur le Rhin. Dans ces secteurs, la valeur seuil s'élève à 400'000 DTS (annexe 3) tant pour les achats que pour les services. Le nouvel article XX oblige notamment les Etats à prévoir la possibilité de déposer un recours contre les décisions d'adjudication et de soumettre ces dernières à une instance juridictionnelle. Les voies de droit prévues par le code ne se limitent pas à l'octroi de dommages-intérêts, mais permettent également, pour sauvegarder les chances de ceux

qui en font usage, de prendre des mesures provisoires contre les adjudications intervenues de manière non conforme.

Sauf quelques exceptions et réserves émises par la Suisse à l'encontre de certains Etats (réserve de réciprocité), toutes ces dispositions tombent sous le coup des principes du traitement national et de la non-discrimination prévus à l'article III. Cela implique que, en ce qui concerne les exigences et les procédures, les soumissionnaires d'une Partie Contractante ne peuvent être traités plus défavorablement que les concurrents nationaux. Il convient de signaler que le concurrent national n'a quant à lui pas droit à un tel traitement, qui découle du droit international. En vertu de la loi fédérale sur les marchés publics, qui met en oeuvre l'accord susmentionné sur le plan interne, les droits accordés aux étrangers par l'Accord seront étendus aux nationaux au niveau fédéral. L'introduction, dans la loi sur le marché intérieur, de l'interdiction de la discrimination des nationaux aboutira aux mêmes effets sur les plans cantonal et communal.

15 Résultats de la procédure préliminaire

151 Avant-projet

Le 20 janvier 1993, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie publique (DFEP) de présenter avant la fin de l'année un projet de loi sur le marché intérieur, s'ajoutant aux projets de révision de la loi sur les cartels et de la nouvelle loi sur l'élimination des obstacles techniques au commerce. La commission d'étude instituée le 4 juin 1993 par le DFEP pour élaborer la loi sur le marché intérieur était composée principalement d'experts scientifiques et de spécialistes de la Confédération et des cantons. Présidée par M. Thomas Cottier, Prof., dr en droit (Université de Berne/Université de Neuchâtel), elle était composée en outre de MM. Andreas Auer, Prof., dr en droit (Université de Genève), Peter Balastèr, dr ès sc.pol. (Office fédéral des questions conjoncturelles), Marino Baldi, dr ès sc.écon., Ambassadeur (Office fédéral des affaires économiques extérieures), Rolf Dähler, lic. en droit et

lic. ès sc.écon. (Secrétariat de la commission des cartels), Olivier Jacot-Guillarmod, Prof., dr en droit (Office fédéral de la justice/Université de Neuchâtel), Anton Killias (Euro-délégué du canton de Zurich), Volker Kind, dr ès sc.écon. (Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail), Nicolas Michel, Prof., dr en droit (Université de Fribourg), Bernhard Münger, lic. en droit (Euro-délégué du canton de Berne), Luzian Odermatt, lic. en droit (Office fédéral de la justice), Paul Richli, Prof., dr en droit (Université de Bâle) et de Mme Anny Vernay, lic. ès sc. soc. (Bureau de la consommation). La commission d'étude a bénéficié du soutien du service juridique de l'Office fédéral des affaires économiques extérieures (OFAEE).

Pendant les travaux de la commission d'étude, les cantons et les principales associations économiques ont eu, en septembre 1993, une première occasion d'exprimer leur avis dans le cadre d'auditions. Nombre des points soulevés ont pu être pris en compte dans la suite des travaux et, partant, dans l'actuel projet de loi. Après que la commission eut conclu ses travaux, l'avant-projet et le rapport explicatif qui l'accompagnait ont été présentés le 23 novembre 1993 au DFEP, qui s'est rallié aux vues de la commission d'étude. Du 28 février au 29 avril 1994 s'est déroulée la procédure de consultation. Six partis politiques (PRD, PDC, PS, UDC, AdI, PLS, Parti des automobilistes), tous les cantons et demi-cantons, le Tribunal fédéral, la commission de recours du DFEP, la commission des cartels, la Banque nationale suisse, 47 organisations économiques et d'autres associations y ont pris part.

152 Résultats de la procédure de consultation

Les résultats de la procédure de consultation ont été publiés dans le rapport du DFEP du 22 juin 1994. Les prises de position ont montré que les partis politiques et les organisations économiques soutiennent largement le projet tandis que les cantons ont des avis partagés. Les efforts déployés afin de parvenir à une régénération de l'économie de marché sont cependant unanimement salués.

Les *partis politiques* (PRD, PDC, PS, UDC, AdI, Parti des automobilistes) soutiennent tous - à l'exception du PLS qui conteste la base constitutionnelle - l'avant-projet de loi sur le marché intérieur. Le PRD demande que les exceptions au principe de la non-discrimination soient limitées au strict nécessaire. Selon l'UDC, on devrait renoncer à inclure des dispositions relatives aux marchés publics afin de ne pas porter préjudice à la future loi fédérale sur les marchés publics. Tous les partis favorables au projet souhaitent une entrée en vigueur aussi rapide que possible de la loi.

Tous les *cantons* approuvent l'orientation de la loi et accordent la priorité au programme de régénération de l'économie. Neuf cantons (ZH, BE, BS, BL, SH, AR, SG, GR, AG) rejettent néanmoins le projet, généralement au nom du maintien de la souveraineté cantonale et du respect du principe de subsidiarité. Ils entendent épuiser les voies du concordat et suggèrent de modifier l'article 31 cst. avant de légiférer. Sept cantons (LU, OW, ZG, SO, AI, VD, JU) sont en partie d'accord avec l'avant-projet, mais émettent des réserves quant à la constitutionnalité dans les domaines de la reconnaissance des certificats de capacité et de l'engagement de personnel dans le service public pour l'exercice d'activités rémunérées ou encore à propos des marchés publics. Dix cantons (UR, SZ, NW, GL, FR, TG, TI, VS, NE, GE) approuvent l'avant-projet. Plusieurs cantons (UR, OW, FR, GR, TI, NE, JU) souhaitent que l'on englobe dans la LMI des questions relevant de la politique régionale et réclament de la Confédération un renforcement de sa politique régionale. La Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales se borne à donner son avis sur la reconnaissance des certificats de capacité; elle rejette la réglementation qui figure à ce propos dans l'avant-projet.

La grande majorité des *organisations* se montre favorable au projet. Les associations patronales et syndicales de même que les organisations de consommateurs ont eu une réaction très positive à l'égard du projet. Le Vorort et l'Union suisse des arts et métiers (USAM) désirent toutefois exclure de la LMI les marchés publics. Les syndicats demandent au contraire une disposition supplémentaire sur le respect des conventions collectives et des conditions locales de travail. L'industrie, le commerce et l'artisanat soutiennent également l'avant-projet, à cette réserve près

que l'industrie du bâtiment se déclare résolument pour une exclusion des marchés publics. La plupart des organisations représentant le secteur des services approuvent l'avant-projet, bien que certaines d'entre elles aient fait valoir des problèmes liés à la reconnaissance des certificats de capacité. Enfin, les syndicats des services publics voient dans l'avant-projet un instrument adéquat; une seule association (la Fédération routière suisse) souhaiterait néanmoins exclure les marchés publics.

Au vu des réserves exprimées par plusieurs cantons, des discussions avec des représentants de la *Conférence des gouvernements cantonaux* ont eu lieu, sur mandat du chef du DFEP, à l'issue de la procédure de consultation. Elles ont permis d'examiner certains problèmes apparus lors de la procédure de consultation, notamment la question de la compétence du législateur fédéral et le rôle des conventions intercantonales. Il a été tenu compte à plusieurs égards des réserves exprimées (cf. ch. 154).

153 Analyse des principales objections

153.1 Constitutionnalité

En élaborant l'avant-projet, la commission d'étude, qui ne comptait pas moins de cinq professeurs d'université, a veillé à proposer des solutions qui s'inscrivent dans le cadre du droit constitutionnel en vigueur. Elle était parfaitement consciente que, s'il avait été question d'une législation fédérale complète sur le marché intérieur, il eût fallu créer une base constitutionnelle spécifique. C'est pourquoi elle s'est essentiellement cantonnée à une réglementation de la LCI donnant des droits aux particuliers, renonçant à aborder les régales et les monopoles cantonaux ainsi que les subventions cantonales et communales qui engendrent des distorsions de la concurrence. Elle s'est également abstenue d'étudier des règles d'harmonisation matérielles.

Dans leurs prises de position, plusieurs cantons font référence, directement ou indirectement, à un avis de droit rédigé par le Prof. R. Schweizer

à la demande de la Conférence des gouvernements cantonaux et relatif à l'avant-projet de LMI. Dans la mesure où l'avant-projet est l'objet de critiques, le fait que l'avis de droit s'appuie sur les travaux préparatoires et confirme en particulier la constitutionnalité de l'ancrage dans la loi du principe de la non-discrimination absolue des offreurs externes a été négligé. L'avis arrive à la conclusion que la Confédération peut, "en vertu du rapport matériel, dans le cadre de la compétence qui l'autorise à édicter des prescriptions sur 'l'exercice du commerce et de l'industrie' (art. 31bis, 2e al., cst.), fixer aussi cette condition (négative) [l'admissibilité des réglementations cantonales]". L'auteur de l'avis émet des doutes uniquement sur la réglementation des marchés publics cantonaux et sur l'engagement de personnel chargé d'activités rémunérées dans l'administration. A ses yeux, l'autonomie organisationnelle des cantons et la compétence de ceux-ci "de promouvoir l'économie et de mener une politique relative au marché de l'emploi" seraient touchées. Mais il ne voit dans cette réglementation aucun point anticonstitutionnel. Il en va de même de la question de la reconnaissance des certificats cantonaux de capacité; il propose toutefois de prendre à ce propos la variante présentée dans le rapport explicatif.

De manière générale, il s'agit de constater que le projet ne prévoit aucun transfert de compétences de réglementation et d'harmonisation à la Confédération; il veut seulement, en se limitant à interdire toute discrimination des offreurs externes et à introduire de nouvelles prescriptions concernant la subsidiarité (cf. ch. 154), créer les incitations nécessaires pour que les cantons procèdent à des harmonisations par le biais de concordats.

153.2 Marchés publics

La réglementation relative aux marchés publics a été critiquée de différents points de vue. Outre certaines réserves quant à la constitutionnalité et une inquiétude sur l'avenir des efforts de libéralisation déployés par les cantons, différents participants à la consultation reprochent au projet de faire double emploi au niveau fédéral, puisque les marchés publics de

la Confédération doivent être réglés par la loi fédérale sur les marchés publics. Il a été tenu compte de ces réserves en ce sens que les marchés publics de la Confédération seront exclus de la LMI et réglementés uniquement par la loi fédérale sur les marchés publics et ses ordonnances d'exécution. Les prescriptions de la LMI sur les marchés publics s'appliquent donc aux soumissions cantonales et communales, pour autant que la nouvelle disposition sur la subsidiarité et, avec elle, l'accord intercantonal ne soient pas applicables (cf. ch. 154).

153.3 Restrictions à l'accès au marché

Dans certaines prises de positions, émanant surtout des cantons, il a été demandé que les exceptions au libre accès au marché soient étendues et qu'on y ajoute celles qui relèvent de la politique régionale. Mais cet élargissement de la liste des exceptions conduirait à discriminer des offreurs pour le seul motif qu'ils ne sont pas de la région et à les exclure du libre accès au marché. On en reviendrait alors plus ou moins au statu quo avec toutes ses mesures protectionnistes qui entravent la concurrence; les effets souhaités de la LMI, à savoir la suppression des obstacles à la concurrence posés par le droit public, seraient alors réduits à néant. La régulation des marchés ne permet pas de mener une politique régionale à long terme (cf. ch. 111.6 et 32). De plus, les raisons suivantes plaident contre des exceptions au libre accès au marché justifiées par des objectifs de politique régionale: d'une part les différentes conventions collectives de travail sont conclues au niveau régional et ne présentent plus guère de différences de nos jours. Par contre, l'obligation de respecter les conventions applicables sur place ou de faire partie d'institutions locales prévues par les conventions collectives entraînerait des problèmes de structures d'entreprise. (cf. ch. 112.1). La structure qui prévaut aujourd'hui dans le secteur de la construction, à savoir l'existence de nombreuses succursales locales en raison des dispositions en vigueur sur place, ne pourrait pas s'améliorer. D'autre part, les offreurs de services susceptibles de faire des offres plus avantageuses en raison des prix moins élevés pratiqués au lieu de provenance, doivent pouvoir profiter de ces avantages, parce qu'il en résulte un équilibre entre

les agglomérations urbaines et les régions périphériques. La disposition d'exception prévue à l'article 3 (en particulier art. 3, 2e al., let. d) suffit à juguler le danger d'un véritable dumping social (cf. aussi ch. 222.2).

153.4 Reconnaissance des certificats de capacité cantonaux

Lors de la procédure de consultation, les réactions à l'égard de l'article 4 de l'avant-projet ont été variées. Tous les partis politiques à l'exception du PLS ont approuvé la formulation contraignante de l'avant-projet, tout comme le Vorort et les organisations syndicales. Par contre, l'USAM et le secteur de la construction se sont prononcés en faveur de la variante proposée dans le rapport explicatif, qui, contrairement à l'option prévue par l'avant-projet, ne part pas du principe de la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux mais se borne à fixer le droit à une procédure d'examen de ces certificats. Plusieurs cantons ont demandé, pour des motifs constitutionnels, que cette disposition disparaisse de la LMI ou se sont prononcés, à tout le moins, en faveur de la variante. Quelques cantons ont invoqué l'absence d'exigences minimales liées à la reconnaissance ou se sont opposés à la gratuité de la procédure. D'autres craignent aussi que l'article 4 ne réduise à néant les efforts entrepris par les cantons pour conclure un accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes. La Conférence des directeurs des affaires sociales est d'avis qu'il faut créer les conditions permettant d'accroître la mobilité et le décloisonnement, mais s'oppose à l'article 4, arguant des différences socio-culturelles dans les formations et les cursus existant entre parties latine et alémanique du pays. En collaboration avec les cantons et la Conférence des gouvernements cantonaux, une nouvelle réglementation a été élaborée sans que soit restreint le principe de la validité, sur tout le territoire suisse, des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal (cf. ch. 154 et 222.3).

154 Modifications par rapport à l'avant-projet

154.1 Remarques introductives

Lors de la procédure de consultation, les cantons ont principalement exprimé des réserves de nature politique et des inquiétudes quant à l'avenir des efforts déployés jusque-là pour régénérer l'économie de marché. Ils ont en particulier fait valoir que l'avant-projet de LMI s'immisçait plus que nécessaire dans des domaines de réglementation cantonaux et qu'elle évinçait les concordats en préparation à propos des marchés publics et de la reconnaissance des diplômes. C'est la raison pour laquelle, à l'issue de la procédure de consultation, un groupe de travail interne à l'administration a été mandaté par le chef du DFEP afin de discuter des problèmes soulevés avec les cantons concernés. Par la suite, en collaboration avec les cantons et une délégation de la Conférence des gouvernements cantonaux, des solutions ont pu être mises sur pied; elles prennent en compte les réserves émises par les cantons sans toucher 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. Les modifications les plus significatives par rapport à l'avant-projet sont résumées ci-après.

154.2 Modifications par rapport à l'avant-projet

Les principales modifications sont les suivantes: insertion d'une définition légale de l'activité lucrative dans le texte de loi, exclusion des marchés publics de la Confédération, mention expresse de la primauté des accords intercantonaux qui, dans les domaines des marchés publics et de la reconnaissance des certificats de capacité, satisfont aux exigences minimales de la LMI et réaménagement des voies de droit.

La *définition légale* de l'activité lucrative, insérée à l'*article premier, 3e alinéa*, limite l'application de la loi aux activités protégées par la LCI. Il est ainsi clairement établi que la loi concrétise la LCI et qu'elle soutient le processus de déréglementation souhaité par la Confédération et les

cantons. En même temps, elle clarifie le fait que les activités dans le *service public*, en particulier dans l'administration et l'enseignement publics, ne sont pas compris dans le champ d'application de la LMI. Le passage contenu dans l'avant-projet qui mentionnait "l'engagement de personnel dans le service public pour l'exercice d'activités rémunérées" a conduit, lors de la procédure de consultation, à des débats sur la notion d'activité rémunérée et a donc été supprimé. Il est à noter cependant que les activités qui, selon la jurisprudence du TF, bénéficient de la protection de la LCI tombent dans le champ d'application de la LMI. Une précision a été introduite à l'article 4, 1er alinéa, selon laquelle l'article 4 se réfère exclusivement aux certificats de capacité permettant l'exercice d'activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI.

L'avant-projet prévoyait que les marchés publics de biens, de services et de constructions devaient être soumis à la LMI non seulement aux niveaux cantonal et communal, mais aussi au niveau fédéral (voir message du Conseil fédéral du ..., FF *1994* ...). Entre-temps est apparu le projet de loi fédérale sur les marchés publics, dont l'article 2, 3e alinéa, prévoit que le Conseil fédéral peut déclarer applicables certaines dispositions de la loi à d'autres marchés publics de la Confédération. Il s'agira alors de décider par le biais d'une ordonnance quelles dispositions de la loi seront applicables aux marchés publics de la Confédération inférieurs aux valeurs seuils du GATT. Le principe de non-discrimination est, selon la loi, applicable à tous les marchés publics de la Confédération. Comme tous les *marchés publics de la Confédération* sont réglementés dans la loi mentionnée ci-dessus, ils ont été exclus du champ d'application de la LMI, contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet. Mais ils sont en principe soumis aux mêmes réglementations matérielles que les marchés publics cantonaux et communaux. Dans le projet de LMI, les marchés publics sont réglés uniquement à l'*article 5*. Le champ d'application de la LMI pour les *soumissions cantonales et communales* peut être ainsi déterminé sans équivoque, ce qui rend le projet plus clair et plus transparent. En ce qui concerne les autres formes d'activités lucratives, la LMI s'applique en revanche à la Confédération de la même façon qu'aux cantons et aux communes (art. 2, 1er et 2e al.). Cela ressort également des articles 9, 1er alinéa, et 10, 4e alinéa.

On a tenu compte des réserves à caractère politique émises par les cantons en ce sens qu'une *clause de subsidiarité* dans les domaines des marchés publics et de la reconnaissance des certificats de capacité a été introduite aux *articles 5, 3e alinéa, et 4, 4e alinéa*, et que le système de recours a été réaménagé. Dans la mesure où il existe des accords intercantonaux qui satisfont aux exigences minimales de la loi, ces accords l'emportent sur celle-ci. L'insertion de ces dispositions renforce la position des concordats et souligne un des objectifs mentionnés expressément dans l'article qui concerne le but de la loi, à savoir le soutien aux efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'accès au marché (art. 1er, 2e al., let. b). Ces dispositions garantissent également le processus de déréglementation des marchés publics dans la mesure où l'article 5, 3e alinéa, prévoit que les accords intercantonaux ne sont applicables que s'ils satisfont aux *exigences minimales de la LMI*, à savoir le principe général de la non-discrimination (art. 5, 1er al.) et l'obligation de faire une restriction à la liberté d'accès au marché sous forme de décision (art. 10, 1er al.). En outre, on a renoncé à mentionner les valeurs seuils du GATT à l'article 5. Au 2e alinéa, on se borne à fixer l'obligation, pour les cantons, de tenir compte des engagements pris par la Confédération dans des accords internationaux lorsqu'ils légifèrent à propos de la *publication* des projets de grande importance.

Les *dispositions relatives aux voies de droit* ont été reformulées. L'*article 10* prévoit que le recours de droit public auprès du TF est ouvert contre les décisions rendues par les dernières instances cantonales. Les décision rendues par les organes de la Confédération peuvent être contestées par les voies de recours ordinaires et, en dernière instance, par le biais du recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. L'avant-projet instaurait en dernière instance et de manière encore générale le recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral; mais des considérations politiques ont conduit à la solution retenue pour le projet de loi.

154.3 Modifications de nature surtout rédactionnelle

A l'*article premier*, il est désormais expressément prévu que l'objectif de la loi est notamment de soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché.

Afin d'éviter tout malentendu, le terme "offre de marchandises", qui pourrait faire croire qu'il ne s'agit en l'occurence que de la seule offre, est précisé à l'*article 2, 3e alinéa;* il comprend également la mise en circulation et l'utilisation d'une marchandise (cf. ch. 222.1). La référence mentionnée au 4e alinéa, qui précisait que l'accès au marché de personnes ayant leur siège ou leur établissement à l'étranger était régi par le droit international, a été supprimée en raison de sa nature purement déclaratoire.

A l'*article 4, 1er alinéa*, l'expression certificats de capacité "obtenus en Suisse" a été remplacée par la formulation plus précise "cantonaux ou reconnus au niveau cantonal". Cela n'implique aucune modification matérielle par rapport à l'avant-projet, mais, en tant que loi destinée à lutter uniquement contre les obstacles de droit public à la concurrence, la LMI ne peut s'appliquer qu'aux prescriptions étatiques relatives à la reconnaissance des certificats de capacité (cf. ch. 222.3). En outre, l'insertion de la définition légale de l'article premier, 3e alinéa, établit clairement qu'il s'agit de certificats de capacité permettant l'exercice d'activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI.

2 Partie spéciale

21 Caractéristiques du projet de LMI

211 La LMI en tant que loi-cadre

Le projet de loi se borne, en substance, à fixer deux principes élémentaires permettant l'établissement d'un marché intérieur : la non-discrimination d'une part et le principe dit "Cassis-de-Dijon" d'autre part. Le

premier signifie, pour l'essentiel, que l'accès au marché des offreurs externes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ne peut être limité en raison de cette seule qualification d'"externe". Quant au second principe, adapté à cette occasion au cadre juridique suisse, il établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI 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. En outre, d'éventuels intérêts publics prépondérants demeurent en principe réservés.

Les autres obligations principales contenues dans la loi découlent également des deux principes susmentionnés. Ainsi, la non-discrimination s'applique aussi aux marchés publics cantonaux et communaux. Ce principe est mis en oeuvre sur tout le territoire suisse, soit par la présente loi, soit par l'accord intercantonal en voie d'élaboration dans ce domaine. Dans le cadre d'accords internationaux conclus par la Confédération, tous les offreurs nationaux doivent être placés sur un pied d'égalité avec les offreurs étrangers, tandis que les droits d'accès au marché octroyés par des accords internationaux conclus par les cantons ou par des concordats doivent être étendus aux ressortissants des cantons qui garantissent la réciprocité. Comme pour les échanges de marchandises, la présomption d'équivalence (principe "Cassis-de-Dijon") s'applique également aux certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal pour l'exercice d'activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI: ils sont en effet valables sur tout le territoire suisse, sous réserve d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation. Lorsque les cantons ont prévu, dans un concordat, la reconnaissance mutuelle de certains certificats de capacité telle qu'elle est fixée par la LMI, les prescriptions de l'accord intercantonal l'emportent sur la présente loi.

La mise en oeuvre des droits découlant de la loi est assurée par un système efficace de voies de droit. Enfin, le projet de loi prévoit diverses mesures d'accompagnement telles que l'obligation, pour la Confédération, d'informer et de consulter les cantons, le soutien de la Confédération à la

coopération intercantonale et le droit des autorités de la concurrence d'adresser des recommandations.

Les dispositions qui transposent les deux principes mentionnés plus haut contiennent des prescriptions "sur l'exercice du commerce et de l'industrie" au sens de l'article 31bis, 2e alinéa, cst., prescriptions qui doivent garantir le libre accès au marché dans les échanges intercantonaux et intercommunaux. L'approche adoptée est, dans son essence même, de nature transcommunale et transcantonale. On renonce, pour des raisons liées au fédéralisme, à réglementer d'une manière centralisée des domaines entiers, mais on soumet les compétences cantonales et communales existantes à certains critères d'évaluation qui sont indépendants des branches d'activités économiques et qui visent à supprimer les barrières étatiques à la concurrence et, ainsi, à contribuer à la réalisation du marché intérieur. S'agissant de la reconnaissance des certificats de capacité, le projet se fonde sur l'article 33, 2e alinéa, cst.

212 Relations avec les efforts d'harmonisation des cantons

Il s'agit de laisser aux cantons une marge de manoeuvre aussi large que possible. La LMI ne cherche pas à réduire à néant ou à concurrencer les nombreux efforts que les cantons sont en train de déployer pour trouver des solutions communes et harmonisées en vue de supprimer les barrières aux échanges et à la mobilité; elle veut au contraire appuyer ces efforts. La LMI contient d'importantes mesures d'incitation qui devraient pousser les cantons à procéder à une harmonisation autonome. Preuve en est que, dans les domaines des marchés publics cantonaux et communaux et de la reconnaissance des certificats de capacité, la LMI ne s'appliquera que subsidiairement par rapport aux accords intercantonaux en vigueur (cf. ch. 111.5, 154, 222.3 et 222.4).

213 Relations avec des domaines de réglementation et des projets de loi apparentés de la Confédération

Il est dit, dans la partie générale du message, que la réalisation du marché intérieur suisse touche de nombreux domaines matériels qui font déjà ou doivent faire l'objet d'une réglementation fédérale. Il s'agit notamment de la majeure partie des obstacles techniques au commerce, du droit de la concurrence, du droit du travail et de la prévoyance professionnelle. Ces domaines sont certes d'une importance fondamentale pour la réalisation du marché intérieur, mais ils doivent, comme par le passé, être réglés dans des lois spécifiques. Autrement dit, la LMI n'aborde qu'une partie seulement de la problématique du marché intérieur. En ce sens, le projet se distingue d'un véritable programme tel que celui de l'UE, qui sert de base à une vaste harmonisation.

214 Relations avec le droit international

Seules les personnes ayant un établissement ou un siège en Suisse peuvent bénéficier de la liberté d'accès au marché. La loi s'applique aux personnes étrangères lorsque celles-ci ont leur siège ou leur établissement conformément à la législation pertinente ou aux droits découlant de traités internationaux, tels l'article 16 de la Convention AELE (Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), RS *0.632.31*) ou les dispositions idoines de traités bilatéraux d'établissement. Toutefois, la mobilité en Suisse présuppose également, dans ce cas, que l'activité lucrative en question soit autorisée en vertu du droit d'un canton ou d'une commune. Les traités existants n'impliquent pas que les personnes établies à l'étranger se voient attribuer des droits en vertu de la LMI. Il convient également de noter que le principe du traitement national prévu par l'article III du GATT n'implique pas que les marchandises étrangères doivent être traitées de la même façon que les produits indigènes en ce qui concerne leur admission. La LMI se réfère, en ce qui concerne la discrimination, à la personne et non aux marchandises et à leur lieu de provenance, comme c'est le cas pour le GATT.

En ce qui concerne les conséquences de futurs accords internationaux accordant des droits qui iraient au-delà de la LMI, le projet garantit que les offreurs nationaux ne seront pas discriminés (cf. ch. 222.5).

215 Relations avec le non à l'EEE et avec la politique économique extérieure

La LMI assume une tâche autonome de l'Etat fédéral. Il ne s'agit pas, par ce biais, de remplacer les droits et obligations refusés par le peuple et les cantons lors du rejet de l'Accord EEE le 6 décembre 1992. Ce dernier aurait certes impliqué de tels droits et obligations, mais dans un contexte essentiellement transfrontière, comme c'est le cas à l'heure actuelle, quoique dans une moindre mesure, pour l'Accord de libre-échange de 1972, la Convention AELE ou le GATT. En revanche, en ce qui concerne les échanges économiques à l'intérieur du territoire suisse, les droits et obligations découlant d'accords internationaux ne s'appliquent en principe pas directement. Leurs effets sont le plus souvent indirects, dans la mesure où le droit interne est adapté aux conditions-cadre fixées par les accords internationaux en question; tel était le but des projets de lois EUROLEX et des adaptations au niveau cantonal qui auraient dû être adoptés dans le cadre de l'Accord EEE.

C'est la raison pour laquelle la LMI est importante, indépendamment de l'avenir de notre politique d'intégration; cela est également valable pour la loi sur les cartels et les autres projets de loi qui doivent être adoptés dans le cadre du programme de régénération de l'économie de marché. Toutes ces lois visent à renforcer la compétitivité en Suisse et également, indirectement, sur les marchés d'exportation en Europe et dans le monde.

22 Commentaire des différentes dispositions de la loi

221 Dispositions générales

221.1 But et objet (article premier)

La loi garantit l'accès libre et non discriminatoire au marché afin de pouvoir exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (1er al.). Le champ d'application *personnel* de la loi englobe les personnes physiques, à savoir, outre les citoyens suisses, tous les étrangers établis en Suisse, mais aussi toutes les personnes morales ayant leur siège en Suisse, y compris celles qui sont contrôlées par des étrangers[24]. Ce faisant, la LMI s'adresse aux titulaires du droit fondamental qu'est la LCI et améliore leur situation juridique sur le marché intérieur suisse dans la mesure où elle garantit l'égalité de traitement entre tous les Confédérés. Il n'est pas possible de donner suite à la proposition faite lors de la procédure de consultation d'élargir le champ d'application personnel de la loi aux saisonniers et aux titulaires d'un permis de séjour; cela irait en effet à l'encontre de la jurisprudence du TF concernant le champ d'application de la LCI. Au demeurant, il en résulterait également une contradiction avec le principe du lien du statut de saisonnier avec un canton.

Le champ d'application *matériel* est calqué sur la LCI. L'*activité lucrative* doit donc être entendue au sens large et, conformément à la définition nouvellement introduite, englobe toute activité visant à l'obtention d'un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie (3e al.). Sont comprises en premier lieu toutes les activités privées visant à l'obtention d'un gain, c'est-à-dire les activités tant

---

24) Conformément au droit international privé (DIP) et à la jurisprudence du TF qui en découle concernant la détermination du droit applicable, il convient de partir de la théorie dite de l'incorporation. Il en est de même dans le droit de la CE concernant la réglementation de l'accès au marché (cf. les dispositions du TCEE sur la liberté d'établissement et la libre circulation des services; GRABITZ, Commentaires sur le Traité CEE, réf. 11 ss sur l'art. 58 et réf. 23 sur l'art. 59). Selon cette théorie, l'élément décisif pour un rattachement au siège est de savoir selon quel droit la société a été formellement incorporée (ce qui, en Suisse, est également lié à l'inscription au registre du commerce).

principales qu'accessoires, tant indépendantes que dépendantes, en particulier tous les échanges de marchandises et de services ainsi que l'autorisation d'exercer et l'exercice lui-même de prestations de travail (cf. art. 2, 1er al.). La LMI protège ainsi en principe tous les actes concernant l'exercice d'une activité économique déterminée (choix de l'activité lucrative ou de la profession, choix des moyens matériels, formation des relations d'affaires, réglementation du financement et des rapports de contrôle de l'entreprise, etc.) dans la perspective du marché intérieur. En cela se reflète l'objectif premier de la LMI, qui est de mettre en oeuvre la liberté économique du titulaire de la LCI dans sa dimension géographique. En accord avec la nouvelle doctrine constitutionnelle (cf. chiffre 6), la loi n'exclut pas a priori le service public. Dans la mesure où celui-ci, dans le domaine se rattachant à l'exercice d'une industrie, est aussi ouvert aux garanties du droit individuel de la liberté économique, les dispositions de la loi s'appliqueront désormais également à ces prestations de travail. En revanche, ne sont pas comprises les activités du service public telles que l'administration ou l'enseignement publics. Ne tombent pas non plus dans le champ d'application de la loi les régales et monopoles cantonaux réservés à l'article 31, 2e alinéa, deuxième phrase, cst., tels que les régales foncières, à caractère historique, les monopoles en matière d'assurance, etc.[25].

Le champ d'application *géographique* de la loi, qui s'applique à tout le territoire suisse, pourra être élargi à l'avenir par le biais d'accords internationaux accordant le traitement national (cf. ch. 214). On notera que, à l'heure actuelle, cette possibilité existe déjà de manière unilatérale sur la base du traité d'union douanière avec la Principauté de Liechtenstein[26].

La suppression des restrictions de droit public à la concurrence et la lutte contre la segmentation du marché découlant de prescriptions de droit public doivent susciter la création d'un marché unique pour les marchan-

---

25) Cf. R. Rhinow, Kommentar zu Art. 31 BV, ch. marg. 230 ss.

26) Art. 5 du Traité du 29 mars 1923 entre la Suisse et le Liechtenstein concernant la réunion de la Principauté de Liechtenstein au territoire douanier suisse, RS **0.631.112.514**.

dises, les services et les prestations de travail. Grâce à l'accroissement de la concurrence, la force d'innovation ainsi que l'efficacité et la flexibilité de l'économie suisse augmenteront et renforceront la compétitivité de cette dernière dans l'environnement international (2e al., let. c). La mobilité accrue des facteurs de production et des produits à l'intérieur de la Suisse favorisera les échanges économiques intercantonaux (2e al., let. a), ce qui, face à la tendance croissante à la conclusion d'accords transfrontaliers entre cantons et régions limitrophes à l'étranger (cf. art. 6, 2e al.), renforcera en fin de compte la cohésion économique de la Suisse, des cantons et des communes (2e al., let. d). Toutefois, des efforts tendant à une véritable harmonisation au niveau intercantonal continueront d'être nécessaires pour que puisse effectivement se réaliser un marché intérieur. En garantissant le libre accès au marché afin d'exercer une activité lucrative, le projet appuie les cantons dans leurs efforts d'harmonisation des conditions d'autorisation (2e al., let. b).

222 Principes de la liberté d'accès au marché

222.1 Liberté d'accès au marché (art. 2)

L'*article 2* représente véritablement le coeur du projet. Toute personne ayant son établissement et toute entreprise ayant son siège en Suisse a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse. Ce sont les prescriptions en vigueur au lieu de provenance de l'offreur ou de l'entreprise offreuse qui règlent l'accès au marché.

Calqué sur le principe Cassis-de-Dijon (cf. ch. 141.1), le *1er alinéa* sert d'ancrage au droit fondamental individuel à la liberté d'accès au marché. Le projet ne limite cependant pas aux échanges de marchandises l'application du principe de la reconnaissance des autorisations accordées au lieu de provenance, mais l'étend à toutes les formes d'activités lucratives (cf. art. 1er, 3e al.). Comme cela a déjà été mentionné, le droit de toute personne physique ou morale d'accéder aux marchés se rattache à l'admissibilité de l'activité économique en cause dans le canton ou la

commune où elle a son établissement ou son siège. En ce sens, la reconnaissance réciproque des réglementations cantonales constitue le fondement de l'ouverture des marchés en Suisse.

Ces droits se reflètent dans l'obligation qui est faite à la Confédération, aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches publiques de veiller à ce que leurs prescriptions et décisions en la matière garantissent ces mêmes droits (*2e al.*). En vertu des principes de l'égalité des normes constitutionnelles et de la lex specialis, les matières qui sont réglées dans des lois spéciales édictées par la Confédération sont exclues du champ d'application de la LMI; cependant, conformément au principe de la coordination des législations, le législateur fédéral doit veiller à la mise en oeuvre de ces droits dans les lois fédérales. Les autorités fédérales chargées de l'application du droit doivent également veiller à ce que leurs décisions sauvegardent les droits mentionnés à l'article 2.

Le *3e alinéa* précise le principe fondamental selon lequel ce sont les dispositions du lieu de provenance qui sont applicables pour l'autorisation d'une activité lucrative au sens du 1er alinéa. Bien entendu, ce principe n'a pas une portée illimitée; il est soumis aux restrictions prévues à l'article 3, qui visent à sauvegarder d'éventuels intérêts publics prépondérants. La deuxième phrase du 3e alinéa de l'article 2 prévoit que les dispositions relatives aux échanges de marchandises ne concernent pas seulement l'offre, mais aussi la mise en circulation et l'utilisation; dans de tels cas, ce sont également les dispositions du lieu de provenance qui sont applicables. Dès lors, lorsqu'une marchandise peut être mise en circulation dans le canton où l'offreur a son siège, elle peut l'être également sur tout le territoire suisse. Par exemple, si le produit d'une entreprise dont le siège se trouve dans le canton de Berne est autorisé dans ce canton, le produit en question pourra également être offert et mis en vente dans le canton de Lucerne. En revanche, si le produit d'une entreprise dont le siège se trouve dans le canton de Berne n'est pas autorisé dans ce canton, mais l'est en revanche dans le canton de Neuchâtel, il n'y aura pas d'autorisation automatique dans les autres cantons puisque le projet de loi rattache la liberté de l'accès au marché au lieu où l'offreur a son siège.

222.2 Restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3)

Conformément au *1er alinéa* de cette disposition, la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut faire l'objet de restrictions découlant des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), poursuivent un but légitime (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). Elles ne doivent pas non plus constituer d'une autre manière un obstacle déguisé aux échanges qui favorise les intérêts économiques locaux. Les cantons et les communes peuvent ainsi continuer d'appliquer leurs propres prescriptions dans des domaines importants pour autant que les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

Le 1er alinéa, lettre a, établit l'interdiction des discriminations formelles dans le sens de dispositions applicables différemment selon qu'il s'agit d'offreurs locaux ou externes.

Le *2e alinéa* est une concrétisation du 1er alinéa, lettre b, et contient une énumération non exhaustive de biens collectifs pour la protection desquels les cantons et les communes peuvent édicter des réglementations restrictives, à condition que celles-ci soient indispensables à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. L'article 3, 1er alinéa, lettre b, du projet réserve les intérêts publics prépondérants en tant que tels. Le secret militaire peut notamment constituer un tel intérêt public, même si la liste du 2e alinéa de cette disposition ne le mentionne pas expressément.

Le *3e alinéa* énonce les principaux critères permettant l'examen de la proportionnalité (1er al., let. c). Ces critères s'appuient en partie sur la pratique de la CJCE. Sont ainsi disproportionnées les restrictions qui sont prononcées alors que la protection recherchée peut être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (let. a) ou lorsqu'il n'a pas été tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits au lieu de provenance (let. b). Enfin, une restriction est considérée comme disproportionnée lorsque l'établissement ou le siège au lieu de destination constitue une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative (let. c).

Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient d'attribuer à l'idée du marché intérieur au moins autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici. Ainsi, lors de l'examen de "l'égalité de traitement entre ceux qui exercent une industrie", celui qui applique le droit doit aussi considérer les offreurs de provenances différentes, dans le cas d'offres de prestations similaires sur le territoire suisse, comme des concurrents directs. La réserve de l'ordre public, dans le cas de restrictions de droit public à la concurrence, doit donc aussi être vue dans sa dimension géographique, du point de vue d'un marché intérieur qui fonctionne correctement.

222.3 Reconnaissance des certificats de capacité (art. 4)

Selon l'*article 4*, 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 soient pas soumis à des restrictions en vertu de l'article 3. Le présent projet est plus précis que ne l'était l'avant-projet, de façon à ce qu'il soit clair que cette disposition ne s'applique qu'aux certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et non aux diplômes privés. Le champ d'application est expressément fixé en relation avec l'article premier, 3e alinéa: il englobe les certificats de capacité qui permettent d'exercer une activité lucrative bénéficiant de la protection de la LCI (cf. ch. 221.1 et 222.1).

La réglementation relative à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal est soumise aux dispositions générales prévues à l'article 3. On part ainsi du principe qu'un certificat de capacité obtenu au lieu de provenance en Suisse est suffisant pour pouvoir exercer une activité lucrative dans tout le pays: cela permet à toute personne ayant obtenu un certificat cantonal ou reconnu au niveau cantonal de pouvoir travailler dans toute la Suisse. Les autorités du lieu de destination peuvent cependant s'écarter de ce principe lorsqu'un *niveau suffisant de formation* ne peut être assuré (art. 3, 2e al., let. e). Il incombe alors à ces autorités d'en fournir la preuve. La mobilité est ainsi

considérablement accrue, sans risque d'une perte de niveau puisque cantons et communes pourront, comme auparavant, appliquer leur propre droit à condition de satisfaire aux exigences mentionnées à l'article 3. L'article 4 ne contient donc que des dispositions complémentaires qui s'appliquent dans les cas où un diplôme est jugé insuffisant et où des compléments correspondants s'avèrent nécessaires. La réglementation va plus loin que la situation juridique actuellement en vigueur dans l'UE, mais elle correspond à une solution fédéraliste conçue dans l'intérêt de l'accroissement de la mobilité et de la suppression de procédures administratives pesantes.

Comme point de départ, la LMI fixe le principe de la validité, sur tout le territoire suisse, des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal en vertu de l'article 4, 1er alinéa. Cependant, lorsque, dans le cadre de *concordats*, il existe des prescriptions détaillées prévoyant la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité et que ces prescriptions sont applicables, elles l'emportent sur la LMI (art. 4, 4e al.). Si un accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes, qui prévoit le principe de la reconnaissance mutuelle, s'applique à un certificat de capacité cantonal, la reconnaissance de ce dernier entre les cantons parties au concordat est régie par les prescriptions de celui-ci. En ce qui concerne les certificats de capacité des autres cantons et les certificats qui ne sont pas réglementés par le concordat ou pas dans le sens de la loi, c'est le principe fixé par les 1er et 3e alinéas de l'article 4 qui s'applique (reconnaissance sur tout le territoire suisse, sous réserve de l'art. 3). Cette solution permet de tenir compte des efforts de libéralisation déjà entrepris par les cantons, sans mettre en péril le principe de la reconnaissance dans toute la Suisse des certificats de capacité cantonaux ou reconnus par les cantons.

22.4 Marchés publics (art. 5)

Dans le cadre du champ d'application de la LMI, qui protège les activités lucratives à caractère privé sous toutes leurs formes, cette disposition constitue une *prescription spéciale*. L'*article 5, 1er alinéa*, fixe le

principe de l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux (pour les marchés publics de la Confédération: cf. ch. 154). Les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse (cf. art. 1er, 1er al.; ch. 221) doivent pouvoir participer aux soumissions cantonales et communales sans faire l'objet de discriminations contraires à l'article 3. La référence à la disposition relative aux exceptions montre clairement qu'il s'agit d'un droit d'accès au marché parallèle à celui qui est prévu à l'article 2. Tandis qu'à l'article 2, 1er alinéa, l'activité lucrative se rattache à l'admissibilité *au lieu de provenance,* en matière de marchés publics au contraire, ce sont les prescriptions *du lieu de destination* qui sont déterminantes. Mais, comme cela a déjà été mentionné, dans ce domaine également, les restrictions au libre accès au marché doivent remplir les conditions mentionnées à l'article 3 (cf. ch. 222.2). Les soumissionnaires externes ne peuvent donc être exclus d'une procédure d'adjudication pour la seule raison qu'ils ne sont pas de la région. Il y a ainsi violation de la LMI lorsque, pour pouvoir participer à une procédure de soumission, on exige obligatoirement un établissement dans la région (art. 5, 1er al., en relation avec l'art. 3, 1er al., let. a). En outre, les motifs possibles invoqués à l'appui de restrictions à la liberté d'accès au marché doivent relever de l'intérêt public et répondre au principe de la proportionnalité. Ainsi, la condition prévue à l'article 3, 3e alinéa, lettre a, à savoir que la protection recherchée ne peut pas être obtenue par les prescriptions applicables au lieu de provenance, s'applique également aux marchés publics cantonaux et communaux.

Lors de la procédure de consultation, certains intervenants ont demandé une réglementation prévoyant l'obligation, lors de soumissions, de respecter les conventions collectives, les conditions de travail locales ou des charges particulières concernant la protection des travailleurs (p. ex. égalité salariale entre hommes et femmes). Une réglementation prévoyant que les marchés publics de travaux doivent toujours être exécutés en respectant les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution serait incompatible avec l'article 5. Elle aurait pour conséquence d'exclure pratiquement du marché concerné les concurrents externes liés à d'autres conventions collectives et de les contraindre, comme c'est le cas à l'heure actuelle, à avoir une filiale spécialement pour le territoire en

question. Conformément à l'article 3, 3e alinéa, lettre a, l'application des dispositions des conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution n'est conforme au principe de la proportionnalité et, partant, autorisé, que si la protection recherchée ne peut être obtenue autrement. Comme le niveau de protection des conventions collectives applicables aux diverses branches est à peu près comparable dans toute la Suisse, l'adjudication devra en principe intervenir en tenant compte des conventions en vigueur au lieu de provenance. En outre, les soumissionnaires qui peuvent offrir leurs prestations à des conditions plus avantageuses, du fait, par exemple, que les prix sur le lieu de provenance sont plus bas ou en raison de la suppression de coûts internes élevés, ne doivent plus être désavantagés. Cette réglementation permet d'une part d'ouvrir le marché aux concurrents externes et, d'autre part, de mettre sur un pied d'égalité les grandes agglomérations, où le niveau des prix est souvent plus élevé, et les régions périphériques. Inversement, le projet de LMI autorise à l'article 3, 2e alinéa, lettre d, l'application des conventions collectives en vigueur au lieu de destination lorsqu'il existe un danger de véritable dumping social. La réglementation prévue par la LMI ne met donc pas en danger la sauvegarde d'objectifs de politique sociale.

Afin d'assurer un certain niveau de transparence et de permettre ainsi aux offreurs externes de présenter leurs offres, cantons et communes doivent, conformément au *2e alinéa*, veiller à ce que les projets de marchés publics de grande importance concernant des fournitures, des travaux et des services, de même que les critères de participation et d'adjudication, soient publiés dans un organe officiel. Au système prévu par l'avant-projet, qui prévoyait que les valeurs seuils du GATT étaient déterminantes pour que la publication soit obligatoire, on a préféré une réglementation plus souple. Les cantons sont libres d'instaurer une obligation de publication également pour les marchés publics dont la valeur est inférieure à ces seuils. Les cantons sont de toute façon liés par les engagements internationaux pris par la Confédération et ils doivent en tenir compte dans le cadre de leur législation. A cet égard, il convient encore de noter que le principe général de l'accès non discriminatoire aux marchés publics s'applique à l'ensemble de ceux-ci aux niveaux cantonal et communal, indépendamment de l'obligation de publication.

Les cantons sont actuellement en train d'élaborer un concordat sur les marchés publics. Le *3e alinéa* tient désormais compte de ces efforts. Cette disposition prévoit que les prescriptions d'un accord intercantonal sur les marchés publics l'emportent sur la LMI lorsqu'il satisfait aux exigences minimales de celle-ci. Parmi ces exigences minimales, on peut citer l'accès non discriminatoire au marché, les prescriptions en matière de publication et les dispositions prévoyant que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être faites sous forme de décisions (art. 10, 1er al.). Si un accord intercantonal remplit ces conditions, les marchés publics tombent dans son champ d'application; les prescriptions du concordat l'emportent alors sur la LMI. Cette solution permet de mettre en oeuvre le principe de la non-discrimination sur tout le territoire suisse sans empêcher les cantons de convenir de prescriptions plus détaillées, par exemple sur la procédure de soumission. Une telle réglementation au niveau fédéral n'est pas possible, faute de base constitutionnelle suffisante.

222.5 Accords internationaux et accords intercantonaux (art. 6)

Les dispositions de l'*article 6* distinguent les accords internationaux conclus par la Confédération selon l'article 8 cst. et ceux conclus par les cantons selon l'article 9 cst.

Le *1er alinéa* garantit que les droits octroyés aux offreurs ou aux marchandises étrangers, sur la base d'accords internationaux conclus par la *Confédération* ou de la pratique qui en découle, qui vont au-delà des droits des nationaux quant aux réglementations d'accès au marché sont également acquis aux offreurs nationaux. Cette interdiction de discrimination des nationaux[27)] n'existe pas à ce jour. La LMI empêche ainsi une inégalité de traitement qui défavoriserait les offreurs nationaux par rapport aux offreurs étrangers. Toutefois, en application du principe de la lex specialis, une inégalité de traitement intentionnelle, c'est-à-dire voule par le législateur, au détriment des offreurs nationaux l'emporterait sur

---

27) Contrairement à la notion de traitement national qui ne se réfère ordinairement qu'à la discrimination de personnes étrangères, on parle ici d'interdiction de discrimination à l'égard des nationaux, c'est-à-dire de la discrimination dite à rebours (en anglais: reverse discrimination).

l'article 6 LMI si, lors de la transposition d'accords internationaux, les exceptions à l'interdiction de la discrimination des nationaux prévoient volontairement une discrimination des nationaux. De telles dispositions spéciales sont exclues du champ d'application de l'article 6.

Le *2e alinéa* règle le problème des accords passés par les *cantons* avec des Etats limitrophes, qui accordent aux offreurs étrangers plus de droits qu'aux Confédérés. Ces accords sont admissibles sur la base de l'article 9 cst., mais ne doivent rien contenir de contraire aux intérêts de la Confédération ou aux droits d'autres cantons. La nécessité économique de tels accords doit être mise en parallèle avec les intérêts politiques que représentent la cohésion et l'intégration du pays ainsi que la loyauté confédérale. La solution proposée dans le projet consiste à étendre les droits octroyés par ces accords aux autres cantons ou à leurs ressortissants, dans la mesure - et seulement dans la mesure - où la réciprocité est accordée. En droit international public, on parle alors de clause conditionnelle de la nation la plus favorisée. Ce système établit un équilibre entre les intérêts mentionnés, empêche les irrégularités et favorise en même temps l'harmonisation du marché intérieur suisse.

Le *3e alinéa* prévoit que les dispositions du 2e alinéa s'appliquent également, dans les relations relevant du marché intérieur, aux accords intercantonaux (concordats).

223 Tâches de la Confédération

223.1 Information et consultation (art. 7)

Les expériences tirées des négociations sur l'EEE et sur le GATT ont fait apparaître un fort besoin d'intensification de la communication, non seulement entre le gouvernement et le Parlement, mais aussi entre le Conseil fédéral et les cantons. Le projet oblige le Conseil fédéral à informer les cantons des développements sur le plan international et à les consulter dans le cadre de négociations internationales, lorsque l'objet de réglementation relève des compétences cantonales et n'est pas soumis à une harmonisation au niveau fédéral. Toutefois, on a renoncé à concrétiser ces principes sur le plan institutionnel étant donné que l'évolution

dans ce domaine est encore ouverte et dépasse les problèmes du marché intérieur.

223.2 Promotion de la coopération intercantonale (art. 8)

Comme cela a déjà été exposé (cf. ch. 132), la LMI n'implique pas une harmonisation du droit. Mais, par ses principes, elle propose des stimulants efficaces à la promotion intercantonale du marché intérieur. L'*article 8* permet à la Confédération de soutenir les efforts des cantons. Les expériences ont montré que des mesures de soutien sont utiles, notamment pour la mise en place des bases. En revanche, on a renoncé à la possibilité de fournir un soutien financier.

224 Recommandations de la Commission de la concurrence (art. 9)

L'*article 9* règle les tâches que les autorités instituées dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels auront à assumer en ce qui concerne les restrictions étatiques à la concurrence traitées par la LMI. Ces dispositions sont en corrélation étroite avec le projet de révision de la loi sur les cartels.

Le *1er alinéa* limite la tâche de la Commission de la concurrence à la surveillance. On entend aussi par là qu'elle ne dispose pas de compétences de décision proprement dites en matière de restrictions de droit public à la concurrence. Cette tâche incombe aux tribunaux, à la lumière des intérêts publics en jeu.

Le *2e alinéa* permet à la Commission de la concurrence de donner des avis sur les actes législatifs envisagés. La Commission peut assumer cette tâche de son propre chef ou sur demande.

Le *3e alinéa* donne la compétence à la Commission de mener des enquêtes portant sur des branches spécifiques et d'adresser des recommandations aux autorités concernées. De telles enquêtes peuvent se référer à

tout le territoire suisse ou par contre être limitées à certains cantons, voire à certaines communes. L'alinéa prévoit également l'application des garanties de procédure prévues dans la loi révisée sur les cartels, qui améliorent sensiblement la protection juridique des personnes concernées. Le Secrétariat de la Commission des cartels peut, dans le cadre de ses tâches de surveillance, effectuer des examens préalables d'office, sur demande de personnes concernées ou encore sur plainte de tiers. Les enquêtes sont menées par le Secrétariat sur mandat de la Commission ou d'office, en accord avec le président de la Commission, si des indices laissent à penser qu'il y a restriction de la concurrence. L'ouverture d'une enquête est communiquée par publication. La communication mentionne l'objet et les destinataires de l'enquête. Les tiers désirant participer à l'enquête peuvent s'annoncer dans un délai de 30 jours. A l'issue des examens préalables ou des enquêtes, la Commission de la concurrence peut adresser des recommandations aux autorités concernées.

225 Voies de droit (art. 10)

La mise en oeuvre des droits découlant de la LMI et, partant, la suppression des obstacles de droit public à la concurrence sont en relation étroite avec les dispositions relatives aux voies de droit. En vertu du *1er alinéa,* toutes les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être faites sous la forme d'une *décision.* Si aucune décision n'est prononcée, l'ayant droit peut en exiger une. Cela permet à chaque offreur externe concerné par une restriction à l'accès au marché de saisir les voies de droit au niveau cantonal. En même temps, la décision ou la décision sur recours correspondante constitue un objet de recours permettant l'examen éventuel par le TF de la décision contestée. Désormais, et contrairement à la pratique actuelle, les adjudications des cantons et des communes pourront faire l'objet d'un recours de droit public auprès du TF[28].

---

28) cf. ATF **119** Ia 424, **115** Ia 78 s., **107** Ia 182; dans les arrêts mentionnés, le TF est d'avis, s'agissant des soumissions, que l'adjudication ne constitue pas un acte de puissance publique et que le soumissionnaire écarté n'est pas lésé dans ses droits ni dans ses intérêts juridiquement protégés. Dès lors, il n'a pas qualité pour recourir dans le cadre du recours de droit public.

Le *2e alinéa* dispose que les décisions émanant des dernières instances cantonales sont définitives, le recours de droit public auprès du TF (art. 84, 1er al., let. a, OJ) étant réservé. Les cantons ne sont pas tenus d'instituer une procédure auprès d'une juridiction cantonale sur la base de cette réglementation. Les décisions des autorités communales sont comprises dans les décisions des dernières instances cantonales. Lorsque seule une autorité communale statue et qu'aucune procédure de recours cantonale n'est prévue, la décision communale est considérée comme émanant de la dernière instance cantonale. Le *recours de droit public* est ouvert contre les décisions rendues par les dernières instances cantonales. La procédure est régie par les dispositions pertinentes de la procédure administrative fédérale (art. 84 ss OJ). Le recours de droit public doit être déposé par écrit devant le TF dans les 30 jours dès la communication, selon le droit cantonal, de la décision attaquée. La qualité pour recourir est régie par l'article 88 OJ. A qualité pour recourir toute personne lésée par un acte de puissance publique et faisant valoir une violation de ses droits constitutionnels ou de ses intérêts juridiquement protégés. D'après la jurisprudence du TF, les associations ont également qualité pour recourir lorsqu'elles défendent les intérêts de leurs membres, si les conditions cumulatives suivantes sont remplies: l'association doit être elle-même capable d'ester en justice et avoir pour tâche statutaire de défendre les intérêts de ses membres. De plus, ce sont non seulement certains de ses membres, mais la majorité ou tout au moins une grande partie d'entre eux qui doivent être personnellement concernés par l'acte de puissance publique et avoir la qualité pour recourir (Kälin, W., Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994, p. 268).

Outre la violation de droits fondamentaux - dans le cas de la LMI, la LCI - la violation de dispositions constitutionnelles peut également être invoquée lorsque celles-ci ont des effets directs sur la situation juridique des particuliers. Ainsi, dans le cadre de la procédure du recours de droit public, la *violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral* (art. 2 des dispositions transitoires de la constitution) peut entre autres être invoqué. Dans ce cas, le recourant touché par une restriction à l'accès au marché peut faire valoir que la norme cantonale qui a servi de base à la décision contestée est contraire au droit fédéral et qu'elle ne doit donc pas être observée. Conformément à sa jurisprudence constante,

dans de tels cas, le TF examine librement et sans aucune restriction, du fait de la portée du principe de la force dérogatoire du droit fédéral, l'interprétation des droits cantonal et fédéral (au niveau de la loi ou des ordonnances), et de leur contenu respectif. En revanche, si le recourant fait valoir une violation d'un droit constitutionnel particulier, en l'occurence la LCI, l'examen des droits cantonal et fédéral se limite à l'arbitraire, à moins qu'il y ait violation particulièrement grave du droit fondamental invoqué (ATF *116* Ia 272 E. 4a, cité dans Kälin, op. cit., p. 42, 175, 178 et 192, avec d'autres références). L'inopportunité ne peut être invoquée. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'effet suspensif est exclu (ATF *107* Ia 5 E. 2; Kälin, op. cit., p. 378).

Les décisions du TF dans le cadre du recours de droit public ont un caractère essentiellement cassatoire. Si le recours s'avère fondé, la décision contestée prononcée par les dernières instances cantonales est annulée. En revanche, le *3e alinéa* prévoit que, dans le domaine des marchés publics, lorsqu'un contrat a déjà été passé avec un soumissionnaire, le Tribunal fédéral se borne à constater - pour autant que le recours soit fondé - dans quelle mesure la décision contestée viole le droit fédéral. L'annulation de l'adjudication par le TF est donc exclue. La responsabilité pour les dommages qui résultent d'une décision illicite est régie par le droit cantonal puisque la Confédération n'a aucune compétence qui lui permettrait d'imposer aux cantons des prescriptions en la matière. Rappelons encore que la LMI, y compris ses dispositions sur les voies de droit en particulier, n'est pas applicable lorsque, en vertu de la primauté des accords intercantonaux (art. 4, 4e al., et art. 5, 3e al.), ce sont les prescriptions des concordats qui s'appliquent.

On a renoncé à introduire dans le projet une clause relative aux cas d'importance mineure ("Bagatellklausel"), c'est-à-dire une disposition fixant certaines conditions préalables pour qu'un recours puisse être déposé, parce qu'une discrimination doit être évaluée sans égard à la valeur du marché en question. Au demeurant, il aurait été difficile de déterminer l'ampleur d'une telle clause, eu égard aux différences de taille existant entre les collectivités. De plus, du fait des coûts liés à la procédure, les recours contre les cas mineurs devraient être très rares.

Selon le *4e alinéa,* les décisions rendues par des organes de la Confédération sont régies par les dispositions générales de la procédure administrative fédérale (Titre cinquième, art. 97 ss OJ ainsi que LPA).

226 Expertises et audition de la Commission de la concurrence (art. 11)

Alors que l'article 9 se réfère aux activités de la Commission de la concurrence en dehors de litiges concrets, l'*article 11* définit ses tâches dans le cadre de la procédure administrative au niveau de la Confédération, des cantons et des communes. Selon le 1er alinéa, les autorités administratives peuvent s'adresser à la Commission pour obtenir une expertise relative à l'application de la loi et pouvant leur être utile dans l'appréciation du cas concret. Cette participation est facultative et se limitera par conséquent aux cas difficiles. En outre, le 2e alinéa prévoit que la Commission de la concurrence peut être entendue dans la procédure du recours de droit administratif devant le TF.

227 Dispositions finales (art. 12 et 13)

227.1 Adaptations de prescriptions légales (art. 12)

La période d'adaptation prévue à l'*article 12* doit garantir que les principes fixés par la loi seront mis en oeuvre dans les droit cantonaux et communaux dans un délai convenable et que les éventuelles divergences existantes disparaîtront. Comme la grande majorité des mesures de discrimination aux plans cantonal et communal sont prises le plus souvent non pas au niveau du droit écrit, mais bien plus lors de l'application du droit et que, dès lors, seules quelques modifications des lois cantonales et communales doivent être entreprises, le délai - relativement court - de deux ans pour procéder aux adaptations nécessaires se justifie. A la différence de l'*article 12,* les articles 2, 2e alinéa, et 5, 1er alinéa, sont formulés d'une manière plus générale et se réfèrent également aux décisions et au droit futur. Les principes matériels de la loi

s'appliqueront donc déjà, dans cette mesure, lors de son entrée en vigueur.

227.2 Référendum et entrée en vigueur (art. 13)

En tant que loi fédérale, la LMI est sujette au référendum facultatif selon l'article 89, 2e alinéa, cst. L'*article 13* autorise le Conseil fédéral à fixer la date de l'entrée en vigueur de la loi. Nous sommes d'avis que l'entrée en vigueur de la LMI doit être coordonnée avec celle d'autres actes législatifs déterminants pour la revitalisation de l'économie, à savoir en premier lieu la loi révisée sur les cartels, la loi fédérale sur les marchés publics et la loi fédérale sur les obstacles techniques au commerce.

3 Conséquences

31 Pour la Confédération

La loi elle-même n'implique pas la création de nouveaux organes au niveau fédéral. Certes, elle assigne à la Commission de la concurrence des tâches de surveillance et lui donne la possibilité d'établir des expertises. Cette Commission est cependant instituée dans le cadre de la loi révisée sur les cartels. L'élargissement de ses tâches du fait de la LMI ne devrait pas avoir de conséquences sur le plan du personnel.

32 Pour les cantons et les communes

321 Conséquences économiques

Lors de la procédure de consultation, plusieurs intervenants ont fait valoir que les régions ne profiteraient pas de la même manière des avantages économiques apportés par la LMI et que cette dernière serait bénéfique surtout pour les grandes agglomérations.

Il ne faut pas sous-estimer le fait que les personnes et les entreprises préfèrent s'établir dans les grands centres - par exemple pour des raisons liées à l'abondance de l'offre culturelle et aux multiples possibilités de formation, mais aussi à cause de l'aménagement des transports, plus avantageux. A l'inverse, les coûts de la vie régulièrement plus bas et les avantages relatifs à l'organisation des loisirs sont tout à l'avantage des régions périphériques. Par ailleurs, on attribue généralement aux centres de taille moyenne une qualité de vie élevée. La LMI ne corrigera pas ces différences entre régions, qui font qu'elles sont plus ou moins attractives, mais elle ne les accentuera pas non plus. Qu'une région économiquement faible se porte mieux lorsqu'elle parvient à conserver sur place certaines activités grâce à des dispositions protectionnistes - au risque de se voir limiter l'accès au marché d'autres régions - est plus que douteux. On peut partir de l'idée que les avantages généraux liés à la libéralisation des marchés prévalent sur les inconvénients et que des marchés ouverts permettent d'établir, au niveau régional, des structures économiques plus solides. Ces avantages ne peuvent être compensés par d'autres qui résultent de pratiques mercantilistes adoptées, dans les échanges intercantonaux, par des cantons qui adoptent unilatéralement des dispositions protectionnistes envers d'autres régions plus libérales.

Les avantages économiques liés à une libéralisation des marchés résulte, entre autres, d'une spécialisation accrue de la production. A l'heure actuelle, la spécialisation de la production est volontiers assimilée à une concentration croissante des entreprises. On ne saurait toutefois généraliser une telle conclusion. On ne peut pas non plus simplement affirmer que, dans le domaine des marchés publics, le principe de la non-discrimination entre les soumissionnaires nationaux tel qu'il est fixé par la LMI - et ce, également en-deçà des valeurs seuils du GATT et en incluant les communes - élimine les petites et moyennes entreprises (PME) régionales. Certes, des études empiriques tendent à démontrer que, dans le secteur de la construction, qui est à cet égard particulièrement concerné, la différence entre l'efficacité économique des PME et celle des grandes entreprises s'accroît plus fortement. Une concurrence accrue mettra donc les PME plus fortement sous pression. En revanche, il n'existe pas d'indices démontrant que, dans ce même secteur, l'augmentation de la taille d'une entreprise entraîne des avantages concurrentiels. Certaines

PME peuvent être aussi efficaces que de grandes entreprises qui se considèrent plutôt comme appartenant à l'industrie du bâtiment. Enfin, dans cette branche économique, il ne faut pas sous-estimer les effets de protection dus à la distance.

Au vu de ce qui précède, on ne saurait conclure que la LMI ne profitera qu'à certaines régions. Il convient par conséquent de rejeter la possibilité pour les cantons d'édicter ou d'appliquer des dispositions discriminatoires en fonction de l'origine pour des motifs liés à la promotion économique cantonale (dans le cadre de l'art. 3, 2e al., LMI). En autorisant de telles règles, non seulement on réduirait à néant les avantages résultant de la loi, mais on se placerait également en contradiction avec les principes qui sont applicables au sein du marché intérieur européen. Au lieu de supprimer des barrières et d'aller ainsi de l'avant vers l'intégration, on ne ferait que les renforcer. Dans le message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, nous avons défendu le principe selon lequel la régulation des marchés n'est pas le bon moyen pour atteindre des objectifs de politique sociale et régionale.

Il est incontestable que les tâches liées à la péréquation entre les régions incombent à la Confédération, qui les assume d'ailleurs dans les domaines politiques les plus variés (cf. ch. 111.6). Il est à noter que les effets différents d'une région à l'autre que l'on observera ne pourront pas être considérés comme résultant spécifiquement de la loi sur le marché intérieur, mais plutôt comme la conséquence de l'ensemble des efforts de libéralisation. Toutefois, conscients du fait qu'une concurrence accrue peut entraîner des redistributions et frapper particulièrement durement des offreurs plus faibles, nous souhaitons, au moyen de mesures appropriées, parer à de telles évolutions ou, tout au moins, atténuer les conséquences négatives qui pourraient en résulter. Ainsi, les régions où le niveau de développement est particulièrement bas ou qui sont confrontées à de graves difficultés en matière d'emploi peuvent être assistées de manière différenciée et adaptée aux besoins grâce aux mesures relevant spécifiquement de la politique régionale.

L'insertion, dans la LMI elle-même, d'instruments devant servir à la péréquation entre les régions serait inopportune. La LMI déploie ses

effets dans un domaine partagé entre politique de la concurrence et protection de police des industries et, dans ce domaine de réglementation qui lui est propre, on ne note aucun déficit sur le plan de la politique régionale. Au contraire, de par sa conception même, elle permet de tenir largement compte des différences traditionnelles - sur les plans professionnel, culturel, social ou politique - qui peuvent subsister au niveau régional. La LMI n'entend pas retirer aux cantons et aux communes leurs compétences réglementaires dans ce domaine; elle ne centralise pas les compétences en faveur de la Confédération et, partant, ne prévoit pas que des dispositions identiques doivent s'appliquer sur tout le territoire suisse. La LMI ne prend que les mesures strictement nécessaires pour que, dans la mesure du possible, les avantages économiques résultant de l'ouverture des marchés ne soient pas réduits à néant.

Il n'est pas vrai non plus que la LMI restreint les possibilités offertes aux cantons par la constitution actuelle sur le plan de la politique économique. L'application du principe Cassis-de-Dijon aux relations entre réglementations cantonales implique surtout une concurrence accrue entre les conditions-cadre fixées par les cantons. On fait ainsi obstacle à une régulation pléthorique qui entraînerait des coûts élevés pour l'économie. Il devrait en résulter une amélioration générale des avantages comparatifs de la Suisse.

La LMI interdit au législateur cantonal d'avoir recours à des pratiques d'adjudication protectionnistes. On peut y voir un inconvénient pour l'économie régionale, qui ne peut plus dès lors tirer profit dans la même mesure d'une stimulation fiscale par le canton. La Confédération a aussi des possibilités réduites de conserver l'argent à l'intérieur de ses propres frontières pour des motifs liés à la politique conjoncturelle, une fois les marchés ouverts. Dans la mesure où, pour la Confédération, cela ne constitue pas une raison pour renoncer aux avantages de la libéralisation internationale, on ne voit pas pourquoi il devrait en être autrement sur le plan cantonal s'agissant de la participation à un marché intérieur suisse libéralisé.

Le protectionnisme ne profite pas aux structures économiques régionales; il est beaucoup plus important d'amener à un changement des structures

par le biais de stimulations extérieures appropriées, faute de quoi des entreprises peu compétitives risquent de se constituer, qui nécessiteront de plus en plus l'aide des cantons et de la Confédération. Cela signifie également qu'il ne s'agit pas d'avoir davantage recours aux subventions et autres allégements fiscaux excessifs en réaction à la création du marché intérieur suisse, même si, faute de base constitutionnelle, la LMI se voit contrainte de renoncer à fixer des limites dans ce domaine.

322 Conséquences financières et effets sur l'effectif du personnel

La grande majorité des discriminations existant aux niveaux cantonal et communal ne se trouve pas dans le droit écrit, mais dans l'application qui en est faite. De plus, le projet de loi ne contraint pas les cantons à instituer une procédure de recours devant une juridiction administrative. Le surcroît de dépenses (y compris les dépenses en matière de personnel) qui en résulte pour les cantons et les communes devrait donc être très limité.

4 Programme de la législature

La politique pour la législature 1991-1995 figure sous la rubrique "Ouverture vers l'extérieur - réformes internes". Après le rejet populaire de l'EEE le 6 décembre 1992, nous avons présenté dans le message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE (FF *1993* I 757) les travaux qu'il s'agit d'entreprendre et nous y avons mentionné le présent projet. La régénération de l'économie de marché visée par ce programme était déjà le point fort du programme de la législature (cf. aussi rapport du Conseil fédéral du 13 juin 1994 sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché, FF *1994* III 1337).

5 Relations avec le droit européen

Pour l'essentiel, ce projet, qui s'appuie sur le principe Cassis-de-Dijon développé par la CJCE en matière de libre circulation des marchandises, offre à toute personne ayant son établissement ou son siège en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché pour qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Le projet est donc compatible avec le droit européen (cf. aussi ch. 14 et 211). Certes, la loi revêt une certaine importance en soi, indépendamment de la tournure que prendra notre politique d'intégration; mais, en même temps, elle permet de soutenir les efforts déployés en vue de l'intégration.

6 Constitutionnalité

61 La liberté du commerce et de l'industrie comme point de départ

Lors de la procédure de consultation, plusieurs cantons ont mis en question la constitutionnalité de l'avant-projet. L'interprétation extensive de la LCI en tant que concrétisation d'un droit fondamental sous forme de droits en faveur des particuliers ou d'obligations à la charge des collectivités publiques reviendrait selon eux à vider de leur substance les compétences cantonales. On a en particulier fait valoir que les dispositions relatives aux marchés publics et à l'engagement de personnel dans le service public pour l'exercice d'activités rémunérées mettaient en péril l'autonomie des cantons en matière financière, administrative et organisationnelle. On a en outre affirmé que les prescriptions sur la reconnaissance des certificats de capacité touchaient également certaines compétences cantonales[29].

En fait, la question de savoir si la LCI fixée à l'article 31, 1er alinéa, cst. implique l'attribution à la Confédération de compétences législatives permettant de concrétiser un droit fondamental fait l'objet de controverses. Le présent projet renonce en effet à invoquer cette disposition de la

---

29) Cf. à ce sujet l'article de R. Schweizer, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), Aktuelle Juristische Praxis 3 (1994), p. 739, 746 (seulement en ce qui concerne la question de l'engagement de personnel pour l'exercice d'activités rémunérées).

constitution. En revanche, l'article 31bis, 2e alinéa, cst., mentionné dans le préambule, donne clairement à la Confédération la compétence d'édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale. Mais la LCI constitue le point de départ de la LMI. Le champ d'application tant personnel que matériel de cette dernière reste dans le cadre de celui de la LCI. Ainsi le cercle des ayants droit (art. 1er du projet) se recouvre-t-il avec celui de la LCI; il se limite aux personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse[30]. De même, le projet exclut les certificats de capacité pour les activités dans les domaines de l'administration où se reflète la puissance publique et ceux où aucune activité commerciale n'est exercée (p. ex. personnel enseignant dans les écoles publiques), puisque de telles activités ne sont pas couvertes par la protection de la LCI.

62 Compétences de la Confédération

La compétence de la Confédération résulte de l'article 31bis, 2e alinéa, cst. Cette disposition prévoit que la Confédération peut, tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie. La Confédération est, dans ce cas, liée par le principe de la LCI. Cette compétence générale autorise la Confédération à réglementer toutes les activités économiques de nature lucrative ou qui visent à obtenir un gain. Elle n'est pas limitée au commerce et à l'industrie au sens traditionnel, mais comprend également l'ensemble des activités économiques privées[31], c'est-à-dire l'ensemble de la production industrielle et du secteur des services (hôtellerie et restauration, courtage, publicité, divertissement, professions libérales, etc.), l'agriculture ainsi que les activités de droit privé des collectivités publiques. Les activités économiques qui entrent en ligne de compte à cet égard sont la production, l'offre, l'acquisition et la diffusion

---

30) Sur l'application de la LCI aux personnes étrangères ayant un établissement, cf. ATF 108 Ia 148.

31) Rhinow, R., *dans: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bâle/Zurich, 1993, à propos de l'art. 31bis, chif. marg. 40 et de l'art. 31, chif. marg. 69 ss.

de biens, de services et d'autres prestations de travail. La régulation de ces activités peut se rapporter aussi bien à la liberté du choix professionnel et de l'accès à la formation requise qu'à l'autorisation d'exercer cette profession ou à l'exercice même de cette profession.

Les prescriptions sur l'exercice d'activités économiques privées dont il est question à l'article 31bis, 2e alinéa, cst. peuvent s'adresser directement aux acteurs du marché dans le sens de restrictions à la liberté économique. Elles peuvent cependant également conférer des droits à ce cercle de personnes, que ce soit sous la forme de droits proprement dits (p. ex. art. 2, 1er al., art. 4, art. 5, 1er al., ou art. 6 du projet), ou sous la forme d'obligations imposées aux autorités (p. ex. art. 1er, 2e al., art. 2, art. 3 ou art. 5, 2e al., du projet). L'essentiel est que les droits et obligations découlant de ces prescriptions concernent l'exercice d'une activité économique privée. Ainsi, les prescriptions sur les marchés publics destinées aux cantons et aux communes servent également à la mise en oeuvre de la LCI en tant que droit constitutionnel des soumissionnaires. Ces prescriptions règlent également certains aspects des activités économiques privées en relation avec les collectivités[32]. Les dispositions concernant la reconnaissance, sur tout le territoire suisse, des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal (art. 4) sont également en relation étroite avec l'exercice d'activités économiques de nature privée dans la mesure où ces dispositions constituent une condition préalable à l'exercice d'une profession orientée vers l'économie privée.

63 Relations avec les efforts entrepris par les cantons

La compétence générale prévue à l'article 31bis, 2e alinéa, cst. constitue, d'après la conception dominante, une compétence concurrente ayant un effet qualifié d'effet dérogatoire subséquent[33]. Les prescriptions corres-

---

32) Cf. également à ce sujet Hangartner, Y., Ist das Binnenmarktgesetz verfassungskonform?, NZZ 7.7.1994, p. 13, 3e colonne.

33) Rhinow, R., dans: Kommentar BV, art. 31bis, chif. marg. 40.

pondantes des cantons et communes ne sont donc valables que dans la mesure où la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence. En d'autres termes, lorsqu'il existe de telles compétences concurrentes, la réglementation cantonale est exclue si et dans la mesure où le législateur fédéral a fait usage de sa compétence[34]. Il convient cependant de souligner que le présent projet fait un usage modéré de cette compétence, surtout pour des motifs de nature fédéraliste, et renonce en particulier complètement à régler d'une manière globale les domaines qui tombent dans son champ d'application. La loi se borne à fixer un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans le cadre de leur activité législative respective. Elle ne fait que régler la position juridique des offreurs externes dans le cadre de leur activité lucrative privée. Contrairement à ce que prévoient des réglementations globales, elle n'aborde pas la question de la situation juridique des offreurs locaux. Dans le domaine des marchés publics, lorsque le principe de l'accès non discriminatoire au marché des offreurs externes est aménagé dans un accord intercantonal, les dispositions de ce dernier l'emportent sur la LMI. De la même façon, les accords intercantonaux qui prévoient la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité l'emportent sur la LMI. Cela démontre que les exemples tirés du droit communautaire et du droit international, qui ménagent la souveraineté et ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour assurer l'accès au marché dans l'intérêt d'une concurrence efficace, ont servi de modèle au projet. Les exceptions prévues à l'article 3 laissent aux cantons une marge de manoeuvre suffisante pour qu'ils puissent préserver leurs intérêts publics. Cela vaut également pour l'usage que font les cantons de leurs compétences en matière de politique étrangère. L'article 6, 2e alinéa, du projet ne porte pas atteinte aux compétences cantonales relatives à la conclusion de traités au sens de l'article 9 cst. Le droit à l'égalité de traitement dont sont titulaires les ressortissants d'autres cantons sur la base de la réciprocité ne se réfère qu'au traitement dans le canton concerné et n'engage nullement l'Etat étranger signataire. Il s'agit donc

34) Cf. également à ce sujet Hangartner, Y., op. cit.

d'une obligation relevant du droit fédéral dans l'intérêt de la Confédération et des autres cantons et fondée sur l'article 9 cst.

Le projet répond également aux soucis fédéralistes exprimés à l'article 3 cst., selon lequel le législateur fédéral doit se limiter à édicter des prescriptions fixant des principes généraux lorsqu'une réglementation fédérale détaillée n'est pas nécessaire[35]. Le projet vise à associer les efforts de la Confédération, des cantons et des communes. Il ne délègue à la Confédération aucune des compétences appartenant traditionnellement aux cantons. En édictant des principes fondamentaux et en accordant des droits et obligations tout en tenant compte des accords intercantonaux, il vise bien plus à soutenir les efforts de libéralisation entrepris jusqu'ici avec succès par les cantons. En même temps, il garantit ainsi la cohésion de l'espace économique suisse. Les efforts au niveau intercantonal pour parvenir à une véritable harmonisation des conditions d'autorisation dans les domaines des marchés publics ou de la reconnaissance des diplômes demeurent donc d'une importance fondamentale pour la mise en place effective du marché intérieur suisse. En effet, ce n'est qu'avec une véritable harmonisation que l'on pourra considérer cas par cas les droits et les exceptions à l'accès au marché. L'aménagement de droits au niveau fédéral renforce les incitations à l'harmonisation et contribue à dépasser les résistances actuelles contre une libéralisation.

De plus, le projet se fonde sur l'article 33, 2e alinéa, cst., qui charge le législateur fédéral de pourvoir à ce que les certificats de capacité cantonaux pour l'exercice des professions libérales soient valables dans toute la Suisse. Dans la mesure où la LMI inclut les professions libérales, elle se fonde également sur la disposition constitutionnelle précitée.

La réalisation des principes fixés par le projet - de concert avec d'autres projets importants prévus dans le cadre du programme de revitalisation - aboutira à un véritable renforcement du marché intérieur suisse. Vu la nécessité de coordonner les discussions et l'adoption de la LMI avec les projets apparentés que sont la loi révisée sur les cartels et la loi sur les

---

35) Saladin, P., in: Kommentar BV, art. 3, chif. marg. 59.

obstacles techniques au commerce, la création d'une base constitutionnelle spécifique n'est pas indiquée. En outre, la création d'une compétence spéciale de la Confédération pourrait aboutir à des réglementations globales, ce qui ne serait guère compatible avec le souhait des cantons de préserver au maximum leur autonomie.

A la lumière des défis internationaux, notamment en matière de compétitivité, que doit à l'heure actuelle relever la Suisse en tant que lieu de production, la loi s'avère nécessaire. En répondant ensemble à cette nécessité, Confédération et cantons se soutiennent mutuellement dans le processus de mise en place du marché intérieur suisse.

Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

Projet

du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les articles 31bis, 2e alinéa, et 33, 2e alinéa, de la constitution;
vu le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994[1)],

arrête:

Section 1: But et objet

Article premier

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

[2] Elle vise en particulier à:

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

[3] Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité visant à l'obtention d'un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie.

Section 2: Principes de la liberté d'accès au marché

Art. 2 Liberté d'accès au marché

[1] Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse si l'exercice de l'activité lucrative en question est autorisé dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.

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

[3] L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son

[1)] FF **1995** I 1193

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

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

[1] La liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions:
a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants; et
c. répondent au principe de la proportionnalité.

[2] Par intérêts publics prépondérants, on entend en particulier:
a. la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des plantes;
b. la protection de l'environnement;
c. la loyauté des échanges commerciaux et la protection des consommateurs;
d. la poursuite d'objectifs de politique sociale et énergétique;
e. la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation.

[3] Les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque:
a. la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance;
b. il est tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance;
c. le siège ou l'établissement au lieu de destination ne constitue pas une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative.

[4] Les restrictions un vertu du 1er alinéa ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges qui favorise les intérêts économiques locaux.

Art. 4 Reconnaissance de certificats de capacité

[1] 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.

[2] En cas de restrictions au sens de l'article 3, l'intéressé a droit à l'examen, selon une procédure simple, rapide et gratuite, de la question de son libre accès au marché sur la base de son certificat de capacité.

[3] Si le certificat de capacité ne répond que partiellement aux exigences en vigueur au lieu de destination, l'intéressé peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique.

[4] Lorsque les cantons prévoient la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité dans un accord intercantonal, les dispositions de ce dernier l'emportent sur la présente loi.

Art. 5 Marchés publics

[1] Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales ne doivent pas, dans leurs prescriptions et décisions concernant les marchés publics, discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3.

[2] Ils veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements pris par la Confédération dans des accords internationaux.

[3] Lorsque les marchés publics font l'objet d'un accord intercantonal observant les exigences minimales fixées par la présente loi, les dispositions de l'accord l'emportent sur cette dernière.

Art. 6 Accords internationaux et accords intercantonaux

[1] Toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux.

[2] Lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité.

[3] Le 2e alinéa s'applique par analogie aux accords intercantonaux.

Section 3: Tâches de la Confédération

Art. 7 Information et consultation

Le Conseil fédéral informe et consulte régulièrement les cantons sur les développements du droit international, du droit de l'intégration et du droit fédéral qui, dans le cadre de la présente loi, sont importants pour la mise en place du marché intérieur par les cantons et les communes.

Art. 8 Promotion de la coopération intercantonale

La Confédération peut soutenir les actions intercantonales destinées à promouvoir le marché intérieur, y compris l'harmonisation de dispositions cantonales et

communales sur l'accès au marché, sur les exigences relatives à l'acquisition et à la reconnaissance des certificats de capacité et sur la passation des marchés publics, en particulier par:

a. la préparation ou le financement d'études comparatives;
b. des conseils sur l'évolution à l'étranger et dans le cadre d'associations internationales de normalisation.

Section 4: Recommandations et voies de droit

Art. 9 Recommandations de la Commission de la concurrence

[1] La Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la présente loi.

[2] Elle peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants.

[3] Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées. Les dispositions procédurales des articles ... de la loi du ...[1)] sur les cartels sont applicables.

Art. 10 Voies de droit

[1] Les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent être faites sous forme de décisions sujettes à recours.

[2] Les décisions rendues par les dernières instances cantonales sont définitives; le recours de droit public est réservé.

[3] Si, en matière de marchés publics, un recours de droit public s'avère fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, le Tribunal fédéral se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit fédéral. La responsabilité pour les dommages qui en résultent est régie par le droit cantonal.

[4] Pour les décisions rendues par des organes de la Confédération, les dispositions générales de la procédure administrative fédérale sont applicables.

Art. 11 Expertises et audition de la Commission de la concurrence

[1] La Commission de la concurrence peut établir des expertises sur l'application de la présente loi à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires.

[2] Elle peut être entendue dans la procédure devant le Tribunal fédéral.

[1)] FF **1995** I 472

Section 5: Dispositions finales

Art. 12 Adaptations de prescriptions légales

[1] Dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques adaptent leurs prescriptions à celles de la présente loi et édictent les dispositions d'organisation nécessaires.

[2] Pour ce faire, ils peuvent demander des recommandations à la Commission de la concurrence et à d'autres services de la Confédération.

Art. 13 Référendum et entrée en vigueur

[1] La présente loi est sujette au référendum facultatif.

[2] Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

N37345

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften
Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées
Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali

Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994

In Dans In	Bundesblatt Feuille fédérale Foglio federale
Jahr Année Anno	1995
Band Volume Volume	1
Heft Cahier Numero	10
Geschäftsnummer Numéro d'affaire Numero dell'oggetto	94.101
Datum Date Data	14.03.1995
Seite Page Pagina	1193-1272
Ref. No	10 108 132

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.
Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses.
Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.