

Réception du droit public économique étranger en Suisse

Autor(en): **Bovet, Christian**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **119 (2000)**

Heft 3

PDF erstellt am: **19.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896137>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Réception du droit public économique étranger en Suisse

CHRISTIAN BOVET*

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.
Les discussions qui auront lieu, après la rédaction du présent rapport, dans le cadre du «Colloque sur la mondialisation et le droit», du 22 au 24 juin 2000, à Sion, promettent d'apporter des éclairages nouveaux aux aspects abordés dans cette contribution. Ce colloque est organisé, sous la direction du Professeur C.-A. MORAND, par l'Université de Genève, le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), le Centre d'études juridiques européennes (CEJE) et l'Institut universitaire Kurt Bösch (IUKB). Les actes de ce colloque seront publiés conjointement par Helbing & Lichtenhahn et Bruylant. Voir ég. le site Internet de ce colloque, <http://www.unige.ch/droit/centres/mondialisation/site.htm>.

Table des matières

I. Introduction	281
II. Thèses	283
Thèse 1: Globalisation	283
Thèse 2: Solutions économiques semblables	286
Thèse 3: Eurocompatibilité	292
Thèse 4: Règles de conflit	293
Thèse 5: Renvois explicites	295
Thèse 6: Base implicite	297
Thèse 7: Transposition de solutions jurisprudentielles	300
Thèse 8: Surveillance consolidée	301
Thèse 9: Organismes internationaux	302
Thèse 10: Entraide administrative internationale	306
Thèse 11: Surveillance comparable	308
Thèse 12: Autoréglementation nationale	310
III. Conclusions	312

I. Introduction

Le *droit public économique* régit les interventions de police et de politique économiques, dans les limites posées par la Constitution¹. Ces actions sont multiples et touchent les trois niveaux de l'économie: un grand nombre d'entreprises agricoles, industrielles et commerciales sont visées. En matière de concurrence, par exemple, tout un chacun est directement ou indirectement concerné par les règles qui gouvernent les accords cartellaires, les abus de positions dominantes et le contrôle des concentrations. La réforme de l'agriculture a aussi un impact sur la vie des citoyens, pas seulement sur celle des paysans².

En raison notamment des *limites* imposées cette année aux rapporteurs, il ne nous est pas possible de traiter chacun des domaines où le droit public économique s'applique. Ces exigences sont en l'espèce bienvenues parce que, d'abord, elles nous obligent à nous limiter à l'essentiel et à initier une réflexion centrée sur les principes. Ensuite, plusieurs contributions récentes décrivent ces aspects d'une manière détaillée, en mettant l'accent sur des domaines du droit³ ou sur des problèmes spécifiques⁴. Enfin, le Conseil fédéral a eu l'occasion à plusieurs reprises d'aborder la question du rapprochement des législations, en particulier dans le cadre de son rapport sur l'intégration 1999⁵ et de son message de la même année sur les accords sectoriels entre la Suisse et la Communauté européenne («accords bilatéraux»)⁶.

-
- 1 R. RHINOW/G. SCHMID/G. BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 14 ss. Eg. sous l'angle constitutionnel essentiellement, L. SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 1994, p. 15 ss.
 - 2 Comme chacun le sait, ce secteur est fortement affecté par l'ouverture des marchés. Voir la loi fédérale sur l'agriculture, du 29 avril 1998 (RS 910.1) et la réglementation qui lui est liée.
 - 3 Surtout P. FORSTMOSER/H. C. VON DER CRONE/R. H. WEBER/D. ZOBL (éd.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999 (cité: *Mélanges Zäch*). Cet ouvrage, réunissant de nombreuses contributions dans les domaines les plus divers du droit privé et public, a souvent constitué une référence dans l'élaboration du présent article. Eg. Perméabilité des ordres juridiques: rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé, Publications de l'Institut suisse de droit comparé n° 20, Zurich 1992; P. MERCIER/O. MACH/H. GILLIÉRON/S. AFFOLTER, *Grands principes du droit de la concurrence*, Droit communautaire, Droit suisse, Dossiers de droit européen, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles 1999; W. STOFFEL/J. DEISS, *La décartellisation en Suisse: influences européennes*, Fribourg 1999.
 - 4 P. ex. W. WIEGAND/M. BRÜLHART, *Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Cahiers suisses de l'intégration européenne 23, Berne/Zurich 1999. Même si la perspective est relativement large: R. MALLEPELL, *Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993–1995*, Cahiers suisses de l'intégration européenne 21, Berne/Zurich 1999.
 - 5 Suisse – Union européenne: Rapport sur l'intégration 1999, du 3 février 1999, FF 1999 3600.
 - 6 Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, du 23 juin 1999, FF 1999 5440.

Pour illustrer les thèses générales que nous développerons, nous concentrons notre travail sur *trois domaines* du droit public économique: le droit bancaire et financier, le droit de la concurrence et le droit des télécommunications. Ce choix tient, d'une part, à l'évolution rapide de ces branches au cours de ces dernières années et, d'autre part, à notre goût personnel pour ces matières. On se sent souvent rassuré d'écrire sur des thèmes que l'on croit connaître, tout en sachant que nombreux sont les auteurs aussi – si ce n'est plus – compétents que soi. En tous les cas, c'est pour nous l'occasion d'explorer différemment des sujets que nous avons abordés ailleurs dans le cadre d'une analyse détaillée ou d'un transfert d'informations rapides au lecteur. Cette autre perspective devrait constituer un apport pour ceux qui parcourront cette contribution.

Enfin, le *titre* de ce bref rapport mérite quelques explications:

- Le terme «réception» est généralement utilisé dans le domaine de l'histoire du droit pour désigner l'intégration de grands mouvements législatifs dans un système national. Il a toutefois aussi sa place ici, dans une perspective proche de celle qui vient d'être évoquée. Un nouvel instrument est cependant venu s'ajouter: l'Internet, dont les fonctions de diffusion et de recherche sont aujourd'hui évidentes.
- La notion de «droit» est prise dans son acception la plus large. Nous intégrons donc aussi dans notre analyse des éléments de *soft law*⁷, lesquels jouent, en particulier, un rôle significatif dans les secteurs bancaire et financier.
- Quant à l'adjectif «étranger», il vise tout ce qui n'est pas suisse, sans égard au fait que sa source soit nationale ou supranationale (typiquement, le droit communautaire). Sous réserve d'aspects limités liés à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), nous excluons cependant dans une large mesure le droit conventionnel international. Nous écartons par là le débat, notamment, de savoir lesquelles de ces règles sont d'effet direct⁸.

7 Pour une vision critique de cette notion de *soft law*, cf. G. PERRIN, *Droit international public: Sources, sujets, caractéristiques*, Zurich 1999, p. 488 ss.

8 Le rapport de O. JACOT-GUILLARMOD à la Société suisse des juristes (*Le juge suisse face au droit européen*, Bâle 1993) contient de nombreux enseignements dans notre domaine sur lesquels il n'est pas possible de revenir en détail; on s'y reportera donc avec profit. Sur l'effet direct du droit communautaire, cf. *idem*, p. 390 ss. Sur les différentes méthodes d'intégration du droit international public dans le droit interne, cf. p. ex. PERRIN (note 7), p. 820 ss. Pour le surplus, on se contentera de noter que, jusqu'à ce jour, la Cour de justice des Communautés européennes a nié un quelconque effet direct aux dispositions du GATT 1947 en raison de la «grande souplesse de ces dispositions» (affaires jointes C-21 à 24-72, du 12 décembre 1972, *International Fruit*, Rec. CJCE 1972, p. 1228 § 21) et du fait que «les règles [du GATT 1947] sont dépourvues de caractère inconditionnel» (affaire C-280/93, du 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, Recueil 1994, I-5073 § 110). La question de savoir si le GATT 1994 modifie cette situation est ouverte. Sur ces aspects, cf. notamment J. BELHUMEUR, *L'uniformisation des régimes nationaux de propriété intellectuelle par le droit international: le cas des créations de mode*, Thèse Genève 1999 (à paraître), Manuscrit, p. 158 s. note 428.

II. Thèses

Le phénomène de réception du droit public économique tel que nous venons de l'évoquer se manifeste de nombreuses façons. Ces procédés sont décrits sous forme de thèses illustrées par des exemples tirés des domaines du droit que nous avons retenus (p. 282). Nous n'avons pas la prétention de dresser un inventaire exhaustif des instruments et mécanismes faisant pénétrer le droit public économique étranger dans notre ordre juridique: il s'agit pour nous uniquement d'établir les pistes principales suivies par ces normes et principes étrangers. On soulignera enfin que la plupart de ces thèses sont liées entre elles et qu'elles visent souvent des situations proches; c'est pourquoi, notamment, certains exemples présentés en relation avec une thèse particulière peuvent également s'appliquer à d'autres thèses.

Thèse 1: Globalisation

L'internationalisation de l'économie est l'un des facteurs principaux de rapprochement, voire d'uniformisation des droits publics économiques nationaux.

Il n'est pas nécessaire de décrire longtemps les grands mouvements économiques récents qui tendent à faciliter autant que possible l'*accès des marchés nationaux* aux biens et services d'entreprises étrangères ou à créer de *grands marchés communs* ou «uniques»⁹. Les termes de «globalisation» ou «mondialisation» sont devenus des lieux communs et sont utilisés indifféremment par le monde académique, la presse ou le grand public – même si certaines nuances ou connotations divergentes s'insinuent dans cet usage.

9 Le plus connu est bien entendu l'Union européenne (<http://europa.eu.int/>), avec son accroissement de l'Espace économique européen et, dans une certaine mesure, les accords bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne. Mais il faut aussi prendre en compte l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA ou, dans son abréviation anglaise, NAFTA; <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/menu-f.asp>), le Marché commun du Sud (MERCOSUR; <http://www.mercosurinvestment.com/>), et l'Association of South-East Asian Nations (<http://www.asean.or.id/>; ASEAN). Moins connu mais tout aussi intéressant: l'Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie (ANZCERTA; <http://www.customs.govt.nz/COMMHOME/Anzcerta.htm>) lequel prévoit un haut degré d'intégration et a permis, comme pour l'Union européenne, le remplacement des mesures anti-dumping par de véritables règles de droit de la concurrence. De ce point de vue, il faut souligner ici la forte influence du degré d'intégration sur les solutions finalement choisies. P. GUGLER/I. KRONE-GERMANN, «Cycle millénaire de l'OMC: Vers une intégration de règles multilatérales de concurrence», in RDAI/IBLJ n° 2/2000, p. 162.

L'OMC est au centre de ce processus; elle intervient comme un instrument et un forum d'uniformisation du droit public économique¹⁰. Les accords de Marrakech et leurs protocoles ultérieurs ont fortement accéléré cette ouverture des marchés dans la plupart des secteurs économiques. Cette influence s'exerce tant au travers des accords généraux que des accords économiques sectoriels. Certaines normes concernent en effet un vaste champ de domaines économiques (p. ex. propriété intellectuelle ou marchés publics); d'autres portent sur des secteurs plus spécifiques (p. ex. télécommunications ou services financiers).

Sur le plan normatif, le législateur national doit prendre en compte deux exigences:

- d'une part, il doit mettre en œuvre les engagements internationaux qu'il a pris afin d'ouvrir son marché aux concurrents étrangers sur une base non discriminatoire et transparente («*de l'extérieur vers l'intérieur*»);
- d'autre part, il doit veiller à ne pas préteriter ses entreprises nationales en instituant des barrières réglementaires qui rendraient plus difficile, pour celles-là, l'accès aux marchés étrangers. Il s'agit au contraire de favoriser l'intégration de la Suisse et de ses entreprises dans les autres économies («*de l'intérieur vers l'extérieur*»)¹¹.

Les normes internationales et nationales sur les *entraves techniques au commerce* permettent d'illustrer concrètement ce propos. Leur objectif est d'éviter la duplication des procédures et de permettre la reconnaissance de rapports, certificats, autorisations et marques de conformité délivrés par des organismes officiels, mais aussi, dans certains cas, de déclarations de conformité du fabricant lui-même. En l'état, ce groupe de règles, qui concernent essentiellement l'industrie, est constitué de:

- l'accord OMC sur les obstacles techniques au commerce¹²;
- l'accord entre la Confédération suisse et le Canada sur la reconnaissance mutuelle d'évaluations de la conformité, signé le 3 décembre 1998¹³;
- la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce¹⁴, qui sert de réglementation-cadre à d'autres textes à caractère sectoriel, tels que la loi fédé-

10 Cf. l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, du 15 avril 1994 (RS 0.632.20). <http://www.wto.org/wto/legal/legal.htm>. Voir dans ce contexte la contribution de T. COTTIER, «Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für die Praxis, Ausbildung und Forschung», ZBJV 133/1997, p. 217.

11 Pour éviter les effets pervers de l'ouverture des marchés, le législateur suisse a en particulier adopté l'art. 6 LMI qui interdit la «discrimination à rebours».

12 Cf. les références citées note 10.

13 Cf. le rapport sur la politique économique extérieure 98/1 + 2 et le message du Conseil fédéral relatif à cet accord, respectivement FF 1999 991 et 1212 ss.

14 RS 946.51 (LETC). Sur cette loi, cf. N. MERKT-MATTHEY, «Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires», in: T. COT-

rale sur les produits de construction¹⁵ et l'ordonnance sur les installations de télécommunication¹⁶.

Depuis son approbation, le 21 mai 2000, l'accord entre la *Communauté européenne* et la Confédération relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité complète ces instruments et contribue encore au rapprochement des législations¹⁷.

Cette standardisation des réglementations n'intervient pas seulement au travers d'accords internationaux et de leur mise en œuvre sur le plan national. En réalité, ces actes juridiques ne font que suivre, accélérer ou, rarement, précéder le mouvement plus large de l'internationalisation des économies. Dans son communiqué n° 6/99 annonçant la révision partielle de son règlement de cotation, l'Instance d'admission de la *Bourse suisse (SWX)* indiquait que:

«Lors de l'élaboration en 1994 et 1995 du Règlement de cotation actuel, on a largement tenu compte des Directives correspondantes de la Communauté européenne, bien que l'on ait renoncé à l'époque à une application complète. Dans la pratique, cela a eu pour conséquence que les émetteurs, notamment les émetteurs étrangers, ont rencontré des conditions de cotation parfois plus strictes sur le marché suisse des capitaux que sur les places boursières de l'Union européenne. L'Instance d'admission s'est donc vue contrainte, peu après l'entrée en vigueur du Règlement de cotation, de publier [...] un règlement transitoire quant au contenu du prospectus de cotation pour les émissions internationales. Dans la pratique, les émetteurs suisses actifs uniquement sur le marché des capitaux helvétique s'en sont trouvés désavantagés. En vue de parvenir à une réglementation définitive, l'Instance d'admission de

TIER/R. ARPAGAUS, *Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 17 ss. n° 47 ss.

15 FF 1999 7956. Le délai référendaire au 3 février 2000 n'a pas été utilisé. Cette loi devrait ensuite figurer au RS 944.2.

16 RS 784.101.2 (OIT). Cette ordonnance se fonde exclusivement sur les prescriptions techniques européennes. C'est ainsi que le Conseil fédéral a proposé de mettre à jour les spécifications essentielles en matière d'installations de télécommunication pour les adapter, par référence expresse (p. 296), aux exigences de la directive 1999/5/CE, du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (JOCE 1999 L 91, p. 10). Cf. art. 3 OIT, dans sa nouvelle teneur du 5 avril 2000. Les extraits suivants, tirés de l'introduction au rapport explicatif du Conseil fédéral, sont explicites: «[La directive] doit être transposée dans les législations nationales des Etats membres de l'UE d'ici au 8 avril 2000. La législation suisse sera également adaptée dans ce même délai.» De même: «Au vu des options prises par la directive 1999/5/CE, son implémentation en droit suisse va ordonner certains changements non négligeables pour le marché des installations de télécommunication.»

17 Cf. les références citées note 6.

la SWX Bourse suisse a décidé d'harmoniser entièrement le Règlement de cotation [...] avec les Directives en vigueur de l'Union européenne.»¹⁸

Comme cet exemple le démontre, l'*Alleingang* – même limité – n'est guère une solution dans une économie où les barrières disparaissent de plus en plus rapidement. Au mieux (ou au pire!), des régimes purement particuliers ne peuvent être envisagés que pour des biens par essence locaux. Tel est le cas des immeubles, qui ne sont par nature pas substituables avec d'autres produits du même type situés dans un autre marché géographique. La Suisse maintient ainsi un régime probablement unique dans les économies libérales: celui de la *Lex Friedrich*¹⁹. Mais même dans ce domaine, le système tend à s'atténuer sous l'influence de l'ouverture des marchés. En particulier, il est significatif que les normes qui ont été assouplies durant ces dernières années concernent les sociétés qui s'installent en Suisse et leurs cadres (art. 2 al. 2 lit. a et b LFAIE)²⁰. Nonobstant ces changements, ces règles demeurent anachroniques.

Thèse 2: Solutions économiques semblables

Dans une économie libérale, le nombre de solutions est généralement limité pour faire face à des problèmes similaires du point de vue économique et du droit matériel. Des différences peuvent en revanche intervenir lorsqu'il s'agit d'aspects de procédure.

Des liens évidents existent entre cette thèse et la précédente. Le libéralisme prône notamment la levée des barrières et l'ouverture des marchés nationaux, des principes qui ont également des conséquences sur le plan interne (p. 298). De même, la théorie économique a évolué de telle manière qu'aujourd'hui, les visions dogmatiques ont généralement laissé place à un certain pragma-

18 On assiste actuellement à un fort mouvement de concentration dans le secteur des bourses par la création de joint ventures ou d'autres alliances et fusions. Citons à titre d'illustration: iX international exchanges (<http://www.londonstockexchange.com/>), qui réunira les bourses de Londres (London Stock Exchange) et de Francfort (Deutsche Börse AG); EUREX (<http://www.eurexexchange.com/>), qui est un joint venture des bourses suisse (SWX) et de Francfort, et STOXX (http://www.stoxx.com/fam_home.html), qui réunit les deux bourses précédentes avec la bourse de Paris (ParisBourse) et la société Dow Jones & Company. Ces changements impliquent par nature une harmonisation des réglementations.

19 Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41; LFAIE).

20 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur des mesures spécifiques de politique conjoncturelle visant à maintenir la qualité des infrastructures publiques, à promouvoir les investissements privés dans le domaine de l'énergie (programme d'investissement) et à libéraliser les investissements privés, FF 1997 II 1160s.

tisme²¹. Les économies ont ainsi tendance à se ressembler. Et les autorités politiques doivent faire face à des problèmes économiques proches, que seul un nombre restreint d'options permettrait de résoudre. C'est donc *par nature* que les règles tendent ici à se rapprocher.

La définition du *marché pertinent* est une démarche économique fondamentale du droit de la concurrence. Elle ne peut guère varier, quel que soit le régime juridique choisi par le législateur national ou international. Elle est ainsi toujours composée de deux éléments de base: le marché des produits et le marché géographique. Certes, les règles juridiques qui les décrivent peuvent être rédigées différemment, avec des nuances plus ou moins fortes. Ces normes sont toutefois semblables du point de vue des concepts économiques développés et mettent l'accent sur la nécessité d'une approche souple s'adaptant aux circonstances du cas d'espèce. Les variations portent dès lors sur la forme, pas sur le fond²².

De même, les *données de base indispensables au contrôle des concentrations* sont en grande partie similaires: structure des entreprises participantes, délimitation des marchés concernés et affectés, parts de marché, état de la concurrence, etc. Seules la procédure et l'appréciation des concentrations divergent, selon le système choisi par le législateur: par exemple, régime d'autorisation nécessaire de la concentration ou d'opposition par l'autorité de la concurrence; interdiction ou autorisation avec charges ou conditions lorsque la concurrence efficace est supprimée ou déjà lorsqu'une position dominante est créée ou renforcée. Cette situation a notamment conduit l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) à proposer un formulaire-cadre de notification applicable aux opérations de concentrations transfrontalières²³. Par ailleurs, la Commission de la concurrence a, dès le début, reconnu dans son propre formulaire la valeur des informations contenues dans des notifications déposées dans d'autres juridictions (p. 309 s.).

Un pas supplémentaire – et plus ambitieux – devrait pouvoir être accompli par la définition de principes communs dans le domaine du droit de la concurrence. Plusieurs propositions ont été faites à ce propos dans le cadre de

21 P. ex. Y. FLÜCKIGER, «Aspects économiques du nouveau droit de la concurrence», in: M. BORGHI/C. L. CAIMI (éd.), *La nuova legge sui cartelli*, Lugano 1999, p. 59.

22 On peut ainsi comparer le bref texte de l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4; OCCE), d'une part, et la Communication de la Commission CE sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE 1997 C 372, p. 5.

23 COMITÉ DU DROIT ET DE LA PRATIQUE DE LA CONCURRENCE (OCDE), *Notification des fusions transnationales*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence 1999/3, p. 28 (avec, en appendice, le «formulaire-cadre de notification et de déclaration des concentrations»).

l'OMC²⁴. La plus récente émane de la Commission européenne et suggère les *standards minimaux* suivants:

«L'accord de l'OMC sur la concurrence pourrait être construit de la manière suivante:

- a) les principes fondamentaux et les règles communes en matière d'adoption d'un droit de la concurrence (par exemple, engagement d'adopter un droit complet de la concurrence, introduction de limites aux exclusions sectorielles, application des principes de transparence et de non-discrimination, droit des entreprises) et d'application de ce droit (à savoir une politique active d'application menée par des autorités de concurrence aux compétences bien définies associée à des procédures d'exécution par voie d'actions privées devant les tribunaux nationaux);*
- b) les approches communes à l'égard des pratiques anticoncurrentielles ayant une incidence significative sur le commerce international et les investissements (ententes illicites caractérisées, critères d'évaluation des restrictions verticales ou des abus de position dominante ayant un effet de verrouillage, principe de coopération en matière d'ententes à l'exportation et de fusions au niveau international, par exemple);*
- c) les dispositions relatives à la coopération internationale qui pourraient englober des dispositions en matière de notification, de consultation et de surveillance des pratiques anticoncurrentielles au niveau international, ainsi que d'échanges d'informations non confidentielles. Elles pourraient également intégrer des concepts de courtoisie positive et négative, sans pour autant imposer l'obligation d'enquêter au nom d'un autre pays;*
- d) la définition du rôle essentiel de la procédure de règlement des différends, à savoir assurer la conformité du droit de la concurrence et des structures de mise en œuvre des divers pays aux dispositions multilatérales. Les modalités de règlement des différends devront être réexaminées à la lumière de la portée et de la nature des engagements qui seront pris et devront être bien adaptées aux spécificités du droit de la concurrence. Les décisions individuelles ne devraient en aucun cas être réexaminées.»²⁵*

24 E.-U. PETERSMANN, «Competition-oriented reforms of the WTO world trade system (proposals and policy options», in: R. ZÄCH (éd.), *Towards WTO competition rules*, Berne et La Haye/Londres/Boston 1999, p. 43. Eg. GUGLER/KRONE-GERMANN (note 9), p. 159 ss.

25 Communication de la Commission CE au Conseil et au Parlement européen: *Approche de l'UE en vue du cycle du millénaire de l'OMC*, du 8 juillet 1999, COM (1999) 331 final. Cf. ég. GUGLER/KRONE-GERMANN (note 9), p. 175, qui proposent en substance l'interdiction *per se* des cartels durs (*hard core cartels*) et l'application de la règle de la raison (*rule of reason*) aux accords verticaux, positions dominantes et concentrations d'entreprises. Ainsi que J. R. SHELTON, «Politique de la concurrence: Va-t-on vers des règles internationales?», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence* 1999/2, p. 65, qui traite essentiellement d'aspects d'assistance internationale (p. 307 du présent article).

En l'état, le Conseil fédéral ne semble pas disposé à suivre la voie d'un *code antitrust international* – du moins lorsque celui-ci implique une autorité de la concurrence unique pour les affaires internationales – et entend donner la préférence à l'entraide administrative internationale²⁶.

Il y a cependant, ici aussi, un *mouvement inéluctable* de convergence des réglementations. Ainsi, les règles suisses et communautaires dans le domaine des ententes se sont récemment rapprochées un peu plus, non pas en raison d'un changement de la législation suisse mais par une modification de la pratique européenne: le Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des art. 81 (ex-85) et 82 (ex-86) TCE propose notamment de poursuivre «une approche rigoureusement économique de la mise en œuvre de l'article [81]»²⁷. Hormis les dispositions visant principalement la mise en place du marché unique²⁸, le règlement n° 2790/99 vient confirmer ce processus dans le domaine des accords verticaux et des pratiques concertées²⁹. En effet, il prend en considération le fait que:

*«les accords verticaux [...] peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes; ils peuvent en particulier entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.»*³⁰

Ces développements rappellent singulièrement ceux que l'on rencontre en droit suisse lorsque l'on aborde les motifs d'efficacité économique de l'art. 5 LCart³¹.

26 RPW/DPC 1999/2, p. 323.

27 JOCE 1999 C 132, p. 20 § 75. La réforme devrait en outre reposer sur trois piliers: la suppression du régime d'autorisation et de notification, l'application décentralisée des règles de concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori. Ibidem.

28 A noter toutefois dans le contexte de cette contribution l'affirmation suivante de la Commission CE: «l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités et les juridictions nationales sera renforcée ce qui accélérera la convergence des droits nationaux et du droit communautaire, simplifiant ainsi pour les entreprises la détermination de leur politique commerciale». Idem, p. 21 § 78. Cet effet réflexe du droit communautaire sur les droits nationaux s'observe même en Suisse, pays non-membre de l'UE.

29 Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE 1999 L 336, p. 21.

30 Idem, p. 21, préambule, § 6.

31 En particulier, art. 5 al. 2 lit. a LCart: «Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou

A l'évidence, le droit de la concurrence n'est pas le seul domaine où ces convergences, générées avant tout par des phénomènes économiques semblables, peuvent être observées. Il existe plusieurs autres exemples issus de matières différentes. Nous nous limiterons cependant ici à un autre domaine, celui de la *libéralisation* des secteurs des télécommunications et de l'électricité. Les législateurs n'ont qu'un nombre limité de moyens pour permettre à de nouveaux producteurs ou fournisseurs de services d'avoir accès à ces marchés et, en particulier, d'utiliser les infrastructures de l'ancien monopoliste. L'instrument central de cette ouverture – qui se retrouve dans chacune des réglementations applicables – est l'interconnexion, à savoir «la liaison d'installations et de services de télécommunication permettant leur intégration fonctionnelle grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, et ouvrant l'accès aux services de tiers»³².

Les convergences ne s'arrêtent cependant pas au niveau du principe; elles apparaissent à nouveau lorsque l'on aborde les *modalités*. La raison ne réside pas seulement dans le fait que le législateur suisse s'est inspiré des solutions européennes, mais aussi et surtout dans la marge réduite qu'avait celui-ci dans les choix économiques qu'il pouvait opérer. Ainsi, lorsqu'on compare les coûts qui servent au calcul du prix d'interconnexion facturé par l'ancien monopoliste aux autres fournisseurs de services de télécommunication, on retrouve, dans l'une et l'autre réglementations, des éléments analogues³³:

la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter rationnellement des ressources [...]».

- 32 Art. 3 lit. e LTC. Cette définition est similaire à celle que l'on trouve dans la liste des engagements spécifiques annexée au Quatrième Protocole concernant l'Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base de l'Accord général [OMC] sur le commerce des services (abrégé en anglais «GATS»), selon lequel l'interconnexion est le «linking with suppliers providing public telecommunications transport networks or services in order to allow the users of one supplier to communicate with users of another supplier and to access services provided by another supplier [...]». Ou encore celle prévue par la Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE 1997 L 199, p. 32 (amendée sur des aspects pas directement pertinents à la présente étude par la Directive 98/61/CE, JOCE 1998 L 268), dont l'art. 2 § 1 lit. a prévoit que: «on entend par 'interconnexion': la liaison physique et logique des réseaux de télécommunications utilisés par le même organisme ou un organisme différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un organisme de communiquer avec les utilisateurs du même ou d'un autre organisme ou d'accéder aux services fournis par un autre organisme.»
- 33 Voir ég. art. 65 OST (applicable jusqu'au 31 décembre 1999). Pour être tout à fait précis, il faut souligner que la comparaison qui suit a un caractère éminemment schématique et ne prend donc pas en compte toutes les nuances et subtilités des réglementations présentées. La Directive 97/33 (note 32) laisse en outre une certaine discrétion aux autorités nationales. Par ailleurs, certains aspects ne se recoupent pas parfaitement lorsque pris individuellement, mais se rejoignent pour l'essentiel dans une perspective globale. Enfin, on insistera sur la

Art. 34 OST	Annexes IV et V de la Directive 97/33 ³⁴
Coûts causés par le service d'interconnexion (coûts pertinents)	Frais permettant de couvrir la mise en place de l'interconnexion physique
Coûts additionnels à long terme des composants de réseau pris en considération et ceux qui découlent exclusivement de la fourniture d'un service d'interconnexion (<i>long run incremental costs; LRIC</i>)	<ul style="list-style-type: none"> – Coûts relatifs au trafic, induits par l'acheminement du trafic à destination et en provenance du réseau interconnecté (p.ex. les coûts de commutation et de transmission) qui peuvent se calculer minute par minute et/ou sur la base de la capacité supplémentaire du réseau qui est exigée – Coûts de location couvrant l'utilisation permanente d'équipements et de ressources (maintenance de la connexion)
Supplément constant (<i>constant mark up</i>), équivalant à une partie équitable des coûts joints et des frais généraux pertinents (<i>joint and common costs</i>)	Part équitable, conformément au principe de proportionnalité, de frais associés et communs et de frais supportés pour assurer l'égalité d'accès, la portabilité du numéro et le respect des exigences essentielles (maintien de l'intégrité du réseau, sécurité du réseau dans les situations d'urgence, interopérabilité des services et protection des données)
Rémunération, conforme aux usages en vigueur dans le secteur, du capital utilisé pour les investissements	Frais financiers

Il ressort de l'ensemble des éléments présentés sous ce chapitre que le degré d'interaction entre les normes est proportionné au nombre de solutions économiques qui s'offrent au législateur: plus le nombre est limité, plus l'influence entre les différentes sources sera forte; plus le nombre est grand, moins cette influence devrait se faire ressentir et plus le législateur national pourra prendre en compte les spécificités de son marché.

nécessité de revoir régulièrement les bases et méthodes de calcul en la matière. Cf. p. ex. les réflexions actuellement en cours au Royaume-Uni (*price control review*) par le régulateur anglais OFTEL (*Office of Telecommunications*), http://www.oftel.gov.uk/isp/netint.htm#Key_Issues. L'auteur est membre de la Commission fédérale de la communication (ComCom); les vues exprimées dans cette contribution sur ce sujet complexe et sensible n'engagent d'aucune manière cette autorité.

34 Cf. les références citées notes 32 et 33. A relever au passage l'utilisation de termes anglais dans la réglementation suisse. Il faut probablement voir ici la recherche d'une certaine uniformité dans une perspective tant interne qu'internationale. Il n'en résulte pas moins certaines difficultés quant à l'interprétation de ces différentes prescriptions, notamment en raison de la transposition de certains termes d'une langue à l'autre (passage de l'anglais vers l'allemand, pour être traduit ensuite en français et en italien).

Thèse 3: Eurocompatibilité

Le principe d'eurocompatibilité est l'une des sources d'influence principales de réception du droit public économique étranger par la Suisse.

Depuis plus d'une dizaine d'années, les autorités fédérales prennent en compte la réglementation communautaire dans l'élaboration de nouvelles lois, ordonnances ou directives, l'objectif étant bien entendu de rendre le second groupe de normes compatible avec le premier³⁵. Ce principe de l'*eurocompatibilité* s'étend non seulement à la réglementation européenne en vigueur mais aussi aux projets et discussions dans ce domaine³⁶. Les buts poursuivis par l'application de ces préceptes sont essentiellement de deux ordres³⁷:

- d'une part, il s'agit de préparer le terrain à tous les scénarios d'intégration de la Suisse dans l'Union européenne, y compris une éventuelle adhésion de notre pays à celle-ci. Ce principe allège également les efforts à consentir lors de la conclusion d'accords bilatéraux;
- d'autre part, il y a lieu de mettre en place, sur le plan économique, des conditions susceptibles de limiter autant que possible les effets négatifs d'un échec de la politique d'intégration dans l'Union européenne.

Pour l'essentiel, le *rapport sur l'intégration 1999* confirme un haut degré d'eurocompatibilité dans les trois domaines principaux que nous avons retenus, à savoir le droit bancaire et financier, la concurrence et les télécommunications. Dans le premier secteur, ce phénomène est accentué par les amendements législatifs passés en relation avec l'accord général OMC sur le commerce des services³⁸. L'une des rares divergences importantes constatées par le Conseil fédéral – le fait que certains prestataires de services financiers ne fassent pas l'objet d'une surveillance en Suisse³⁹ – pourrait s'effacer avec le projet de révision de la réglementation applicable à ce secteur⁴⁰.

35 A ce sujet, cf. surtout B. SPINNER/D. MARITZ, «EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug», in: *Mélanges Zäch* (note 3), p. 127, avec de nombreuses autres citations.

36 Cf. p. ex. la réponse du Conseil fédéral à la question simple Rechsteiner, du 18 mars 1998: «Mit diesem Entscheid sollte ein Europareflex geschaffen werden. D.h. ab Beginn des Gesetz- oder Verordnungsgebungsprozess werden die geltenden oder in Ausarbeitung befindlichen Regelungen der Europäischen Gemeinschaften, des Europarates oder anderer europäischer Organisationen und Konferenzen systematisch untersucht. Seit zehn Jahren werden somit die neuen schweizerischen Regeln in Kenntnis des juristischen Umfeldes in Europa erlassen. Sie sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.»

37 SPINNER/MARITZ (note 35), p. 128.

38 RS 0.632.20.

39 Rapport sur l'intégration (note 5), tiré à part, p. 72 (FF 1999 3676).

40 La commission d'experts dirigée par le Professeur Jean-Baptiste Zufferey devrait rendre son rapport dans le courant de l'année 2000. Cf. le communiqué de presse sous <http://www.admin.ch/cp/f/368A46CA.8E64D927@gs-efd.admin.ch.html>.

S'agissant du droit de la *concurrence*, on se bornera à rappeler que les récents changements et propositions sur le plan de la réglementation communautaire des accords ont fait franchir à notre régime un pas de plus vers le droit européen (p. 296 s.). Quant aux règles sur les abus de positions dominantes, elles sont pour ainsi dire identiques à celles découlant de l'art. 82 (ex-86) TCE. Enfin, le système d'opposition – plutôt que d'autorisation – choisi par le Parlement suisse ne constitue pas, sur le plan pratique, une différence majeure par rapport au régime issu de la réglementation européenne⁴¹. Les autres domaines du droit de la concurrence ont déjà été abordés ou vont l'être dans les paragraphes suivants⁴².

Enfin, le domaine des *télécommunications* est probablement l'un des secteurs les plus marqués par le principe d'eurocompatibilité. A titre d'illustration, on notera que, dans ses notes explicatives sur les récentes modifications de l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST)⁴³, l'office fédéral de la communication (OFCOM) indiquait que l'adoption des nouveaux art. 3a et 3b intervenait «en application de [...] la directive 1999/5/CE du 9 mars 1999» (ég. p. 296)⁴⁴.

Thèse 4: Règles de conflit

Les règles de droit international privé imposent aux juges suisses ou aux tribunaux arbitraux siégeant en Suisse, sous certaines conditions, d'appliquer le droit public économique étranger. Par ce biais, ces normes étrangères gagnent un certain statut (ordre public étranger) et sont considérées comme des règles «acceptables» par notre pays.

Dans la mesure où ces questions font l'objet d'une contribution détaillée du Professeur Anton K. SCHNYDER dans le présent ouvrage⁴⁵, il suffit de rappeler

41 Pour une présentation détaillée, cf. J. DROLHAMMER, «Der Stand des schweizerischen Kartellrechts im Jahr 1999: Die Sicht der Unternehmen – Ein Plädoyer für eine kooperative und internationalische Kartellrechts-Community und Kartellrechtskultur in der Schweiz», in: C. BAUDENBACHER, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*. Sechstes St. Gallen Internationales Kartellrechtsforum 1999, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 224 ss. Eg. C. BOVET, «Contrôle des concentrations d'entreprises», Fiche juridique suisse n° 434, sp. p. 9.

42 On pense ici à la réglementation sur les marchés publics (p. 298); à la loi sur le marché intérieur (p. 298) et à la loi sur les entraves techniques au commerce (p. 284).

43 RS 784 101. 1.

44 OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION, *Explications relatives à l'Ordonnance sur les services de télécommunication (OST)*, Projet du 18 octobre 1999. Quant à la Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, elle est publiée au JOCE 1999 L 91, p. 10.

45 A. K. SCHNYDER, «Wirtschaftskollisionsrecht als Regelungsinstrument für eine internationalisierte Wirtschaft», p. 397 ss.

brèvement que le droit international privé suisse contient des normes conduisant les juges et arbitres à appliquer des règles de droit public économique étranger dans la solution d'un différend.

Ce principe est consacré expressément à l'*art. 19 LDIP*⁴⁶ qui prévoit un raisonnement en trois temps: d'abord, le juge doit constater la volonté d'application de dispositions impératives d'un Etat étranger; ensuite, il doit déterminer si la cause présente un lien suffisant avec cet Etat; enfin, il doit examiner si l'Etat du for a un intérêt prépondérant à respecter cet ordre public étranger⁴⁷. Dans le domaine économique, cette règle vise notamment les actes de concurrence déloyale, les accords cartellaires et les opérations d'initiés, ou encore certains secteurs sensibles pour l'économie comme les banques et les assurances⁴⁸.

En matière d'*arbitrage*, on se bornera à citer l'excellente argumentation de C. BAUDENBACHER et A. K. SCHNYDER:

«Es fragt sich, ob und inwieweit die Anwendungsverpflichtung betreffend die allgemeinen Regeln des IPR auch im Rahmen von Art. 187 durch Schiedsgerichte zu beachten ist. Die Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts sollte ebenfalls <von Amtes wegen> erfolgen. Es ist nicht ersichtlich, warum Art. 187 IPRG lediglich fakultativen Charakter haben sollte. Dann aber muss ein schweizerisches Schiedsgericht – unabhängig von Parteianträgen – von sich aus ebenfalls prüfen, ob in einem Fall gegebenenfalls nicht der anwendbaren Rechtsordnung (lex causae) angehörige Vorschriften gesondert zu berufen seien. Diese Verpflichtung drängt sich nicht zuletzt nach dem Grundsatzzurteil des Bundesgerichts vom 28. April 1992 auf, worin Schweizer Schiedsgerichte als zuständig erklärt wurden, die Vereinbarkeit eines Schuld-

46 A teneur de cette règle: «¹ Lorsque les intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. ² Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.»

47 P. ex. A. BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», in: ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL, Recueil des cours 1993, Tome 239, Dordrecht/Boston/Londres 1994, p. 91.

48 Idem, p. 80. Eg. CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, du 10 novembre 1982, tiré à part, p. 51 (art. 18 P). Sur cette disposition, cf. les commentaires de B. DUTOIT, Droit international privé, Commentaire de la loi du 18 décembre 1987, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, art. 19 LDIP; M. MÄCHLER-ERNE, art. 19 LDIP, in: H. HONSELL/N. P. VOGT/A. K. SCHNYDER (éd.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Bâle/Francfort 1996; F. VISCHER, art. 19 LDIP, in: A. HEINI/M. KELLER/K. SIEHR/F. VISCHER/P. VOLKEN, IPRG Kommentar, Zurich 1993. Eg. A. BUCHER, Droit international privé suisse, Partie générale – Droit applicable, Tome I/2, Bâle/Francfort 1995, p. 202 ss.

vertrages mit Art. 85 EGV zu überprüfen. Dies aber impliziert zwingend, dass das Schiedsgericht selber feststellt, ob überhaupt ein Regelungswille von in- oder ausländischem Ordnungsrecht gegeben ist und ob dieser in casu auch anerkannt werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist letztere Frage mittels der wirtschaftskollisionsrechtlichen Rule of Reason zu entscheiden.»⁴⁹

Thèse 5: Renvois explicites

Dans les textes qu'elles édictent, les autorités suisses ont parfois tendance à renvoyer expressément à des réglementations étrangères pour gouverner des situations régies exclusivement par le droit public économique suisse.

Les autorités suisses, législatives ou administratives, ont parfois recours à un procédé destiné à intégrer directement une réglementation étrangère dans notre droit national: l'insertion de références expresses à la première dans des textes *obligatoires* qu'elles émettent. Contrairement à la thèse suivante, il s'agit d'un cas d'influence explicite et non occulte ou implicite. Le rédacteur suisse ne cache aucunement sa volonté de voir ces normes de droit étranger respectées par les sujets de notre droit administratif. Si ceux-ci violent ces normes, ils sont réputés avoir commis une infraction à des règles de droit suisse.

S'il faut admettre que jusqu'à maintenant ce sont exclusivement des règles de *droit communautaire* qui ont ainsi été intégrées dans notre ordre juridique, on ne peut exclure qu'à l'avenir des normes d'autres origines soient ainsi incorporées dans le système légal suisse.

Le Parlement a notamment utilisé ce procédé dans le domaine des *fonds de placement*. L'art. 50 al. 1 LFP prévoit ainsi expressément que les prospectus relatifs à ces produits financiers doivent, en particulier, contenir «les autres indications prescrites par le Conseil fédéral selon le droit de la Communauté européenne»⁵⁰. Il est important de souligner que cette règle dépasse le niveau

49 C. BAUDENBACHER/A. K. SCHNYDER, Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 95 n° 217. Eg. M. BLESSING, Impact of the extraterritorial application of mandatory rules of law on international contracts, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1999, p. 35 ss., où cet auteur énonce une série de principes auxquels les tribunaux arbitraux «suisse» doivent se tenir dans ce domaine; DROLSHAMMER (note 41), p. 223s.

50 Le Conseil fédéral a fidèlement pris en compte ces prescriptions dans l'annexe relative à l'art. 77 OFP («indications qui doivent figurer dans le prospectus»). Cf. surtout la Directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), JOCE 1985 L 375, p. 3 (amendée pour la dernière fois par la Directive 95/26/CE, JOCE 1995 L 168, p. 7).

de l'eurocompatibilité (p. 292 s.), dans la mesure où elle ne vise pas seulement les fonds de placement en valeurs mobilières eurocompatibles visés à l'art. 32 al. 2 LFP⁵¹, mais aussi les «autres fonds de placement» (art. 35 LFP) et les fonds de placement immobiliers (art. 36 LFP)⁵².

Un deuxième groupe d'exemples, encore plus frappants, de ce type de situation se trouve dans l'un des textes d'application les plus importants de la loi sur les *télécommunications*: l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST). L'art. 1 lit. b OST définit ainsi une ligne louée:

*«la fourniture de capacités de transmission, au sens de la directive du Conseil du 5 juin 1992 sur l'application du principe de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (92/44/CEE).»*⁵³

Mais le Conseil fédéral va plus loin puisque, comme pour l'ordonnance sur les installations de télécommunication (OIT) – qui, elle, se fonde essentiellement sur la loi sur les entraves techniques au commerce (p. 284), il renvoie expressément dans la note de bas de page relative à cette disposition à la référence au Journal officiel des Communautés européennes⁵⁴, en ajoutant que:

«les textes de ces directives peuvent être obtenus auprès de l'Office fédéral de la communication, rue de l'Avenir 44, Case postale, 2501 Bienne.»

Une fois encore, on se trouve dans une situation où l'ordre juridique étranger est totalement intégré dans le droit suisse et où un organisme faisant partie intégrante de l'administration fédérale est chargé de sa diffusion, comme si le texte en question était un véritable règlement national.

Ce type de référence peut également intervenir dans la pratique des autorités de surveillance. C'est ainsi que la Commission de la *concurrence* a reconduit en 1997 la détermination de l'ancienne Commission des cartels dans le domaine des contrats de distribution exclusive dans la branche automobile, en précisant que:

51 Selon le second alinéa de cette disposition, «le Conseil fédéral peut autoriser d'autres placements sous la forme de fonds en valeurs mobilières, notamment s'ils sont autorisés selon le droit de la Communauté européenne applicable aux fonds en valeurs mobilières.»

52 R. MARTI, art. 50 LFP n° 5 s. et 72, in: P. FORSTMOSER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz*, Zurich 1997.

53 Directive 92/44/CEE du Conseil relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE 1992 L 165, p. 27 (amendée par la Décision 94/439, JOCE 1994 L 181, p. 40). Voir ég. notes 16 et 32s.

54 Cf. les références à la note précédente.

«Die Wettbewerbskommission erachtet Händlerverträge im Automobilgewerbe bis auf weiteres als wettbewerbsrechtlich unbedenklich, sofern sie entweder den erwähnten ‘Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Händlerverträge im Automobilhandel’ oder der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 1475/95 der Europäischen Union entsprechen.»⁵⁵

Ce renvoi à la réglementation européenne a pour avantage d’assurer une certaine sécurité juridique aux entreprises actives dans l’Union européenne et en Suisse: elles savent qu’en observant les prescriptions communautaires elles ne violeront pas le droit suisse – même si celui-ci devrait en principe être plus souple, puisqu’il n’incorpore pas la dimension de l’intégration et qu’il est fondé sur le principe de la répression des abus plutôt que de l’interdiction des ententes. En définissant des exigences similaires, ce régime favorise l’ouverture des marchés.

Thèse 6: Base implicite

Dans les textes de droit public économique qu’elles édictent, les autorités suisses ont souvent tendance – notamment par souci d’efficacité dans l’élaboration de ces règles – à s’inspirer des réglementations étrangères, que ce soit en reprenant des dispositions ou en adaptant au droit suisse des principes retenus à l’étranger.

Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l’eurocompatibilité (p. 292 s.) ou dans celui des renvois exprès au droit étranger (p. 295 ss.), le droit étranger intervient ici de manière occulte. Il ne s’agit pas, en soi, de rendre des règles compatibles avec le droit européen ou, dans une perspective d’ouverture des marchés, de tenter de simplifier le travail des entreprises, suisses et étrangères, par l’application de règles de droit public économique uniforme: l’objectif est de prendre en compte des *principes et règles éprouvés* dans le droit

55 RPW/DPC 1997/1, p. 55, Händlerverträge im Automobilgewerbe. Pour le règlement d’exemption précité, cf. JOCE 1995 L 145, p. 25 (Règlement [CE] n° 1475/95 de la Commission concernant l’application de l’article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d’accords de distribution et service de vente et d’après-vente de véhicules automobiles). Incidemment, il y a aussi lieu de prendre en compte dans ce contexte, à moyen voire à court terme, les récents développements en droit européen de la concurrence dans le domaine des accords. En particulier, Livre blanc sur la modernisation des règles d’application des articles 85 et 86 du Traité CE, JOCE 1999 C 132, p. 1, et Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE 1999 L 336, p. 21 (pour le projet de texte d’abord mis en consultation et le projet de lignes directrices y relatives, cf. JOCE 1999 C 270, p. 7).

étranger pour les introduire dans le nôtre, «simplement» parce qu'une situation de droit suisse est proche de celle déjà traitée par un autre système juridique. Les experts à l'origine de nouvelles réglementations ou de modifications législatives (avant-projets) sont conscients de l'utilité de ce mécanisme: ils procèdent régulièrement à l'audition d'experts étrangers ou les mandatent pour produire des rapports comparatifs.

La loi sur le marché intérieur constitue, pour ainsi dire dans sa totalité, un exemple flagrant de ces emprunts au droit étranger. En effet, dans le cadre de leur programme de revitalisation de l'économie suisse, le Conseil fédéral et le Parlement entendaient ouvrir les frontières intercantionales afin de créer un marché national unique. Il n'y avait dès lors pas à aller chercher bien loin: le modèle européen, symbolisé par l'arrêt *Cassis de Dijon*, offrait l'essentiel des bases et réflexions dont le législateur suisse avait besoin⁵⁶. En bref, il s'agissait de transposer au niveau suisse l'idée européenne: en Suisse, une entreprise ayant son siège dans un canton devait avoir accès aux autres marchés cantonaux de la même façon que, dans le cadre de l'Union européenne, les entreprises ayant leur siège dans un Etat membre doivent avoir accès aux autres marchés nationaux⁵⁷. De ce point de vue, la Suisse allait se transformer en une Europe miniature.

L'influence du droit étranger a pris des chemins plus tortueux dans un domaine proche, celui des *marchés publics*. Dans la mesure où il s'agissait d'un droit très développé sur le plan communautaire, les négociateurs de l'OMC utilisèrent ces normes comme éléments de base dans la mise en place d'un ré-

56 CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), FF 1995 I 1193 (passim), mais sp. 1217 ss., 1236 ss. et 1243 ss. Eg. V. MARTENET/C. RAPIN, Le marché intérieur suisse, Les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen, Cahiers suisses de l'intégration européenne 19, Berne/Zurich 1999, p. 15 ss.

57 La jurisprudence est déjà relativement abondante dans ce domaine. A titre d'illustration, citons l'ATF 125 I 474, MediService, où le Tribunal fédéral relève que: «Selon l'art. 3 al. 3 lettre a LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. Cette exigence est fondée sur le principe dit 'Cassis-de-Dijon', tiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui constitue l'un des fondements essentiels de la loi sur le marché intérieur. Selon ce principe, 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. 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 liberté du commerce et de l'industrie 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'il ne soit démontré, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte, d'éventuels intérêts publics prépondérants demeurant en principe réservés» (souligné par l'auteur).

gime multilatéral⁵⁸. Il est ainsi fréquent de retrouver dans l'accord OMC sur les marchés publics⁵⁹ des dispositions entières tirées de la réglementation communautaire⁶⁰. En fin de compte, ces principes se retrouvent dans notre droit national en tant que normes d'exécution d'accords internationaux.

Enfin, mais ce ne sont que des exemples parmi d'autres, les définitions légales de concepts centraux du *droit de la concurrence suisse* comme les accords (art. 4 al. 1 LCart) et les positions dominantes (art. 4 al. 2 LCart) ont pour origine le droit européen: la première notion reprend pour l'essentiel le texte de l'art. 81 al. 1 TCE⁶¹; quant à la seconde, elle est fortement inspirée de l'arrêt *Hoffmann* de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)⁶². Ces emprunts vont au-delà d'un souci d'eurocompatibilité. Ils reconnaissent la valeur dogmatique des définitions générées par le droit étranger et, pour cette raison, les incorporent dans notre régime juridique national.

58 E. CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Thèse Fribourg 1997, p. 279, avec d'autres références.

59 RS 0.632.231.422.

60 Voir, même si la perspective peut paraître inverse au regard du titre, P. DIDIER, Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne, Bruxelles 1997. Rappelons en outre que la Commission européenne a publié un recueil de ses directives dans ce domaine: Les marchés publics en Europe, Bruxelles/Luxembourg 1994.

61 Le texte de l'art. 4 al. 1 LCart – selon lequel: «par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence» – est ainsi proche de celui de l'art. 81 al. 1 TCE, dont la teneur est en partie la suivante: «[...] tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées [...] qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence [...]».

62 On peut ainsi comparer le texte de l'art. 4 al. 2 LCart – qui prévoit que «par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché» – avec cet extrait de l'Affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. c. Commission*, Rec. CJCE 1979, p. 520 n° 38s.: «la position dominante [...] concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs; [...] pareille position, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice».

Thèse 7: Transposition de solutions jurisprudentielles

Il arrive régulièrement que les autorités de première instance ou de recours transposent en droit suisse des solutions jurisprudentielles étrangères, lorsqu'elles sont appelées à trancher certaines questions de droit public économique.

Lorsqu'elles ont à trancher d'une question de droit interne, mais qui est liée à un *engagement international* de la Suisse, les autorités de première instance et de recours devront interpréter le premier groupe de règles conformément aux principes énoncés dans les traités conclus par notre pays. Il s'agit d'un principe connu de droit international⁶³.

La deuxième hypothèse est proche de celle qui vient d'être évoquée, puisqu'il s'agit de l'interprétation de normes étrangères intégrées explicitement (p. 295 ss.) ou implicitement (p. 297 ss.) dans le droit suisse, mais en l'absence d'obligations internationales. Dans ce cas, il faudra procéder à une *interprétation autonome*, sans les contraintes présentées au paragraphe précédent. En revanche, il conviendra de prendre en considération dans ce processus les buts poursuivis par le législateur, en particulier l'eurocompatibilité des normes (p. 292 s.) ou la suppression d'obstacles techniques au commerce (p. 284 s.)⁶⁴. D'une manière générale, le résultat devrait donc être proche de celui retenu en droit étranger.

Enfin, les autorités suisses peuvent s'inspirer de solutions adoptées à l'étranger, en dehors des deux hypothèses qui viennent d'être évoquées. Il peut en effet arriver que ces solutions soient aisément transposables en droit suisse, typiquement lorsque la réglementation étrangère poursuit les mêmes objectifs de police économique que notre système juridique et que, de ce fait, les régimes en cause présentent de nombreuses similitudes. Par exemple, lors de son examen de la concentration *Le Temps*, la Commission de la concurrence s'est appuyée sur une théorie déjà appliquée à l'étranger – la *failing company defence* – pour autoriser avec des charges une opération qui aurait autrement été interdite⁶⁵. En bref, selon cette théorie, une concentration peut être autorisée nonobstant ses effets négatifs sur la concurrence, lorsque l'évo-

63 Pour une contribution récente sur ce principe de l'interprétation conforme aux engagements internationaux, cf. O. JACOT-GUILLARMOD, «Traces de droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse», in: G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS/O. DUE/R. SCHINTGEN/C. ELSSEN (éd.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden 1999, p. 216 ss. Eg. T. COTTIER/K. N. SCHEFER, «The relationship between World Trade Organization law, national and regional law», *Journal of International Economic Law* 1/1998, p. 88 ss., avec d'autres références.

64 P. ex. WIEGAND/BRÜLHART (note 4), sp. p. 35 ss.

65 RPW/DPC 1998/1, p. 40, *Le Temps*.

lution du marché concerné aurait de toute manière conduit à cette situation. En se fondant sur l'art. 10 al. 4 LCart, l'autorité suisse a repris fidèlement les trois conditions énoncées dans d'autres systèmes juridiques pour parvenir à la conclusion qui, sur le principe, s'imposait⁶⁶.

Thèse 8: Surveillance consolidée

Une application efficace du principe de la surveillance bancaire et financière consolidée implique un rapprochement significatif des législations et contribue en conséquence à l'uniformisation des réglementations.

La naissance de grands groupes internationaux dans les domaines bancaire et financier a amené les différentes juridictions concernées à concevoir une *surveillance consolidée*⁶⁷, imposant à l'autorité administrative du pays du siège principal de surveiller en plus les établissements se trouvant dans d'autres pays. En faisant tomber de nombreuses barrières, le Cinquième Protocole OMC sur les services financiers a confirmé l'ouverture des marchés financiers nationaux⁶⁸. Les législateurs ont pris en compte ces mouvements et, avec les autorités de surveillance, ont défini de nouvelles bases pour le travail de ces dernières.

C'est ainsi que l'art. 3^{bis} LB s'est récemment enrichi d'un nouvel alinéa 1^{bis}, selon lequel: «lorsque la banque [étrangère au sens de l'alinéa 1^{er}] fait partie d'un groupe exerçant une activité dans le domaine financier, l'octroi de l'autorisation peut être subordonné à la condition qu'elle soit soumise à une surveillance des autorités étrangères sur une base consolidée appropriée»⁶⁹. De même, l'art. 41 al. 1 lit. b OBVM exige comme condition d'autorisation de l'ouverture d'une succursale d'un négociant étranger que

66 Idem, p. 55 ss. Brièvement, on rappellera que ces trois conditions sont: (i) l'une des parties à la concentration disparaîtrait rapidement du marché à défaut de soutien externe; (ii) l'autre partie à la concentration reprendrait l'ensemble ou la plus grande partie des parts de marché de l'entreprise en difficulté si celle-ci venait à disparaître du marché; et (iii) il n'y a pas de solution moins dommageable pour la concurrence que l'opération projetée. A ce propos, cf. notamment G. HEWITT, «La défense des entreprises défaillantes», Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence 1999/2, p. 135.

67 Sur cette notion, cf. en particulier P. NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, p. 265 ss., avec d'autres références.

68 RS 0.632.205 (RO 1999 3458). A ce propos, T. COTTIER/K.N. SCHEFER, «The GATS and how it affects Swiss banks», in: C. BOVET (dir.), Journée du droit de la concurrence 1999: Banques et concurrence/Banken und Wettbewerb, Zurich 2000 (à paraître). Eg. K. N. SCHEFER, International trade in financial services: The NAFTA provisions, La Haye/Londres/Boston 1999.

69 Sur cette disposition, cf. U. P. ROTH, art. 3^{bis}–3^{quater} LB n° 23 ss., in: D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 11^e livraison, Zurich 2000.

celui-ci soit soumis à une surveillance appropriée qui englobe l'établissement suisse⁷⁰.

Les conséquences de ces changements structurels sont essentiellement de deux ordres:

- a) *Un rapprochement sur le plan des règles de droit matériel.* Les autorités des pays «hôtes» d'établissements de banques étrangères ne peuvent se satisfaire d'une surveillance consolidée que si les critères comptables et financiers (p. ex. les exigences relatives à la révision bancaire, aux fonds propres et à la répartition des risques), appliqués et contrôlés à l'extérieur de leurs frontières, sont similaires à ceux qu'elles préconisent à l'intérieur. Ces similitudes réglementaires sont des conditions nécessaires à la surveillance consolidée; elles fondent la confiance réciproque que s'accordent les différentes autorités nationales. En posant ainsi des exigences communes – ou à tout le moins minimales –, les autorités de surveillance entendent éviter un phénomène de dominos, où la faillite de la maison-mère entraînerait l'insolvabilité de tous les établissements qui en dépendent.
- b) *Un rapprochement sur le plan de la procédure.* Le second instrument indispensable de la surveillance consolidée est l'entraide administrative internationale entre les différentes autorités nationales. Il va en effet de soi que celles-ci ne peuvent contrôler les établissements situés hors de leur territoire que si leurs collègues étrangers leur permettent d'obtenir, par cette voie, les informations nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches. Cette procédure sert aussi, en partie, à véhiculer des concepts et expériences de surveillance qui viennent influencer le régulateur national. Elle implique enfin une reconnaissance des valeurs retenues par les autorités étrangères.

Ces deux groupes d'éléments seront développés et complétés dans les thèses qui suivent.

Thèse 9: Organismes internationaux

Les organismes internationaux actifs dans le domaine économique contribuent au rapprochement des législations applicables à ce secteur en permettant l'identification des problèmes dans un processus de décision collective et la recherche de solutions communes.

70 Sur cette disposition, cf. G. HERTIG/U. SCHUPISSER, art. 10 LBVM n° 58 et 64, in: N. P. VOGT/R. WATTER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle/Genève/Munich 1999.

Plusieurs organismes internationaux ont été constitués pour analyser certains aspects économiques, proposer des principes (ou *standards*) dans ce domaine⁷¹ ou encore examiner l'état et l'application de la législation économique d'un pays. Une partie importante de ce travail se fait généralement en comités. Le résultat de ces travaux est communiqué aux Etats, à qui il appartient alors de déterminer s'il y a lieu de les incorporer dans leur législation nationale; les recommandations émanant de ces organismes n'ont généralement pas une force contraignante⁷².

Les principaux organismes intervenant dans les secteurs bancaires et financiers sont⁷³:

- *Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, un groupement constitué par les banques centrales du G10⁷⁴, vise à favoriser la coopération entre ses Etats membres dans le domaine de la surveillance bancaire. En outre, il coordonne le partage, entre les différentes autorités nationales concernées, des responsabilités liées à la surveillance des banques étrangères. Enfin, il

71 On peut reprendre ici la définition proposée par le Financial Stability Forum (FSF): «Standards are codes, guidelines or principles that set out what are widely accepted as good practices. Standards relevant for domestic and international financial systems cover a broad range of areas:

- transparency of fiscal, monetary and financial policies;
- dissemination of economic and financial data;
- regulation and supervision of banking, securities and insurance;
- information disclosure, transparency, risk management and internal controls of financial institutions;
- corporate governance, accounting, auditing and bankruptcy; and
- payment and settlement systems.»

Texte tiré du site Internet du FSF: <http://www.fsforum.org>.

72 C'est pourquoi on peut à juste titre parler de *soft law* dans ce domaine. P. ex. NOBEL (note 67), p. 83s. n° 21. Cela même si l'on utilise parfois des termes comme «accord» pour désigner des documents comme les principes du Comité de Bâle intitulés «International convergence of capital measurement and capital standards», de juillet 1988 (<http://www.bis.org/publ/>). Idem, p. 83. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique des textes de cette importance – résultats de longues discussions que l'on pourrait assimiler à des négociations – s'imposent comme véritables règles de droit, le fait que la Suisse, par exemple, y soit représentée par un membre de la Banque nationale et un autre de la Commission fédérale des banques n'y étant bien entendu pas étranger. Sur les effets de l'«Accord de Bâle» précité, cf. BASLE COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Capital requirements and bank behaviour: The impact of the Basle Accord, Working Papers n° 1, avril 1999 (<http://www.bis.org/publ/>).

73 Ces brèves descriptions sont essentiellement tirées du site Internet du FSF (note 71). L'un des aspects les plus intéressants et utiles de ce site est le «*Compendium*» qui répertorie les principaux standards applicables dans les domaines bancaire et financier: cf. <http://www.fsforum.org/Standards/Home.html>.

74 Rappelons seulement que le G10 est composé de ... 11 pays, à savoir l'Allemagne, la Belgique, le Canada, les Etats-Unis, la France, l'Italie, le Japon, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse.

- entend améliorer les exigences de surveillance, en particulier en matière de solvabilité (fonds propres et répartition des risques)⁷⁵.
- *L'International Organisation of Securities Commissions (IOSCO)* est une organisation regroupant les principales autorités de surveillance dans les secteurs du commerce des valeurs mobilières et des marchés de dérivés. Elle tend à développer des standards dans la réglementation de ces activités en vue de garantir le bon fonctionnement de ces marchés et le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (cf. art. 1 LBVM). En se fondant sur son caractère international, cette organisation entend en outre établir des standards de surveillance des marchés internationaux de valeurs mobilières et favoriser une assistance internationale dans ce domaine (p. 306 s.)⁷⁶.
 - *L'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE)* a pour objectif de promouvoir des principes économiques axés sur la croissance économique et l'emploi. Dans le domaine plus spécifique des marchés financiers, elle prend des initiatives destinées à favoriser la convergence des politiques économiques, des lois et autres réglementations. Elle intervient par ailleurs régulièrement par des rapports et recommandations en matière de concurrence (p. 309 s.)⁷⁷.
 - *L'International Association of Insurance Supervisors (IAIS)* a été créée en 1994 et réunit les autorités de surveillance de plus de 100 pays. Son but est de développer et de faire adopter des principes et standards nécessaires à un contrôle efficace du secteur de l'assurance. Ses travaux récents portent notamment sur la solvabilité des assurances, la fourniture de services transfrontières, la gestion des risques, la réassurance, le commerce électronique ou encore la coordination de la surveillance des conglomérats financiers (typiquement, le domaine de la bancassurance)⁷⁸.
 - *Le Fonds monétaire international (FMI)* contrôle l'application de standards internationaux en matière de politique monétaire. En collaboration avec d'autres organismes internationaux, il a notamment élaboré des principes internationaux en matière de données économiques et financières et contribué à la mise au point de règles liées à la surveillance bancaire et, sur une base plus expérimentale, proposé plusieurs rapports sur des *codes of best practices*⁷⁹.

75 <http://www.bis.org>. Cf. NOBEL (note 67), p. 86 ss. Eg. à titre d'illustration, Rapport de gestion CFB 1999, p. 251 ss.

76 <http://www.iosco.org>.

77 <http://www.oecd.org>.

78 <http://www.iaisweb.org>.

79 <http://www.imf.org>.

- *Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) a été créé en 1989 et comprend aujourd'hui 26 pays membres. Il a pour mission d'examiner et de proposer des mesures dans la lutte contre le blanchiment⁸⁰. Les recommandations qu'il publie touchent tant le système judiciaire que la surveillance des intermédiaires financiers et la coopération internationale. En tant qu'organisme représentatif des principales places financières, le GAFI jouit d'un pouvoir de persuasion considérable: quand bien même ses recommandations n'ont aucun caractère obligatoire, les examens réguliers que le GAFI effectue, avec ses conclusions (classement des pays par catégories) et sanctions (p. ex. exclusion du GAFI), sont souvent attendus avec une certaine anxiété par les autorités de surveillance nationales concernées.

Les normes élaborées par ces différents organismes sont souvent fortement influencées par des principes de droit étranger (interne ou supranational), typiquement en provenance des Etats-Unis ou de l'Union européenne. Dans ces circonstances, l'harmonisation des lois, en particulier des règles de comportement, s'opère donc en partie sur des bases nationales *déjà existantes* et non par la création de normes entièrement nouvelles. Leur transposition dans le droit interne des Etats concernés prend toutefois une dimension supplémentaire: celle d'intégrer des objectifs de droit international dans les législations nationales (p. ex. surveillance des groupes financiers internationaux par l'autorité de l'Etat du siège principal ou lutte coordonnée contre le crime organisé ou le blanchiment).

En dehors des situations qui viennent d'être évoquées, les régulateurs – «représentés» par des cadres ayant une influence sur le processus législatif – se rencontrent dans des *conférences scientifiques, conventions ou autres séminaires informels*, où ils discutent librement des problèmes qu'ils rencontrent et des solutions qu'ils ont éventuellement trouvées. Ces échanges et réflexions communes, qui se déroulent généralement dans une perspective comparatiste, contribuent évidemment au rapprochement des différents droits nationaux.

80 <http://www.oecd.org/Fatf/french/index.htm>. Plus précisément, pour reprendre la présentation figurant sur ce site Internet, les tâches du GAFI sont de trois ordres:
 «(i) surveiller les progrès effectués par les membres dans la mise en œuvre de mesures pour contrer le blanchiment de capitaux grâce à un double procédé d'auto-évaluation annuelle et d'évaluation mutuelle plus détaillée;
 (ii) examiner les tendances en matière de techniques et de contre-mesures du blanchiment de capitaux, ainsi que leurs implications pour les quarante Recommandations;
 (iii) et promouvoir l'adoption et la mise en œuvre des Recommandations du GAFI par les pays non membres.»

Thèse 10: Entraide administrative internationale

En reconnaissant un certain fonds juridique commun entre les différents pays, l'entraide administrative internationale contribue au rapprochement des législations nationales, que ce soit sur le plan du droit matériel ou de la procédure.

L'entraide administrative dans les domaines bancaire et financier s'est rapidement développée pour atteindre aujourd'hui un stade de quasi-maturité. Son origine est bien entendu l'*internationalisation des marchés financiers* – un mouvement que les autorités de surveillance reconnurent d'abord au travers d'actes de souplesse réglementaire, comme la faculté accordée aux banques étrangères de traiter dans leur pays d'origine, sans la barrière du secret bancaire, les données relatives à leurs établissements suisses⁸¹. Soutenue par le concept de la surveillance consolidée (p. 301 s.), une véritable entraide administrative a succédé à ces premiers pas timides. Même si la législation est récente⁸², la doctrine⁸³ et la jurisprudence⁸⁴ sont significatives et témoignent de la vitalité et de l'importance pratique du phénomène dans ce secteur: la réglementation suisse permet désormais à la Commission fédérale des banques d'obtenir des informations et des documents de ses contreparties étrangères, mais surtout de transmettre ceux-là à ces dernières pour les besoins de leur surveillance.

L'absence de condition de réciprocité a un caractère ambigu dans le contexte de cette étude: d'un côté, la *non-réciprocité* pourrait symboliser la volonté du législateur de considérer comme essentiels les principes d'assistance internationale. D'un autre, elle implique qu'il n'y a pas, pour l'autorité étrangère, de droit à la transmission d'informations; la décision de la Commission fédérale des banques dépend entièrement de son pouvoir d'appréciation⁸⁵. Il

81 En particulier, Bull. CFB 21 (1991), p. 31, où les conditions principales d'application sont énoncées.

82 Art. 23^{sexies} LB (adopté le 18 mars 1994 et en vigueur depuis le 1^{er} février 1995), 38 LBVM (adopté le 24 mars 1995 et en vigueur depuis le 1^{er} février 1997) et 63 LFP (adopté le 18 mars 1994 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995).

83 P. ex. A. ALTHAUS, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle: Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz*, Berne 1997; T. AMY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière: en droit suisse, européen et international*, Zurich 1998; R. SANSONETTI, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers: standards internationaux et réception en droit suisse*, Zurich 1998. Eg. P. NOBEL, «Les règles sur l'assistance administrative internationale en matière boursière et bancaire: premières expériences sur un texte difficile», in: L. THÉVENOZ/C. BOVET (dir.), *Journée 1999 de droit bancaire et financier*, Berne 2000, p. 125.

84 Pour un répertoire de la jurisprudence récente avec les extraits pertinents, voir NOBEL (note 83), p. 146 ss. Il faut y ajouter déjà l'ATF 126 II 86, A. c. Commission fédérale des banques.

85 NOBEL (note 83), p. 133, citant A. ALTHAUS, «Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren», *AJP/PJA* 1999, p. 943.

en résulte une vision nuancée de l'ouverture vers l'étranger: la règle demeure la transmission des renseignements requis, mais «la CFB pourrait à la longue ne plus accorder l'entraide à une autorité étrangère de surveillance qui n'aurait pas répondu à ses demandes»⁸⁶.

La philosophie de ce régime est la reconnaissance de l'utilité des informations transmises à l'autorité étrangère et la présomption du bon usage qui en sera fait. Sur le plan international, ces préceptes ne sont réalisables que moyennant l'établissement de *liens de confiance* entre les différentes autorités de surveillance. Ceux-ci favorisent, voire impliquent, un rapprochement des législations; une mise en place efficace de l'assistance administrative internationale ne peut s'effectuer efficacement que moyennant l'application de prescriptions similaires. Une autorité nationale ne peut se décharger de la surveillance d'établissements situés sur son territoire et communiquer des informations à ses collègues étrangers que si elle sait que celles-ci serviront à contrôler le groupe, sur une base consolidée, selon des standards équivalents à ceux qu'elle applique.

Les *informations sur son droit* données par l'autorité requérante dans sa demande d'assistance constituent un autre instrument de pénétration du droit étranger. Même si, souvent, elle a déjà une bonne connaissance du système étranger, cette présentation relativement sommaire va imprégner d'une certaine manière la pratique de l'autorité requise. Les demandes de renseignements complémentaires, échanges et autres discussions dans le cadre de cette procédure vont accentuer cette interaction entre les différents systèmes législatifs. Cette «contamination» – même seulement psychologique, mais parfois bénéfique – contribue à la création ou au renforcement de standards communs, que ce soit au moment de l'adoption de nouvelles règles ou lors de l'interprétation de dispositions existantes.

Contrairement à ce que l'on vient de voir pour les domaines bancaire et financier, l'entraide administrative en *droit de la concurrence* est encore à une phase embryonnaire. L'application des art. 58 et 59 LCart dépend en effet de l'existence d'accords internationaux⁸⁷ et se fonde essentiellement sur le principe de la courtoisie active (*positive comity*)⁸⁸.

86 Bull. CFB 38 (1999), p. 31, J. c. CFB.

87 Cf. en particulier l'art. 23 de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972 (RS 0.632.401). Eg. l'accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, conclu avec effet au 23 septembre 1991 (Décision du Conseil et de la Commission 95/145/CE, CECA, JOCE 1995 L 95, p. 45; rectifiée par JOCE 1995 L 131, p. 38).

88 Sur ces questions, cf. surtout l'analyse extrêmement fouillée de P. METZGER, art. 58 s. LCart, in: P. TERCIER/C. BOVET (éd.), *Commentaire du droit de la concurrence*, Bâle/Genève/Munich 2000 (à paraître). Ainsi que B. MERKT, *Harmonisation internationale et entraide*

Thèse 11: Surveillance comparable

Les autorités suisses s'imprègnent dans une certaine mesure de droit étranger lorsque, dans un régime d'autorisation ou de contrôle, la loi reconnaît une équivalence ou, au moins, une valeur aux décisions d'autorités étrangères appliquant leur propre droit national.

Le droit financier suisse utilise parfois des concepts impliquant une référence au droit étranger et une appréciation de celui-ci. C'est ainsi qu'en matière de fonds de placement étrangers, l'art. 45 al. 2 LFP prévoit que l'autorisation de distribuer en Suisse des parts de tels produits «est accordée lorsqu'un fonds de placement est soumis, dans le pays où se trouve le siège de la direction ou de la société, à une surveillance de l'Etat visant la protection des investisseurs et que l'organisation et la politique de placement sont *comparables* aux dispositions de la présente loi au regard de la protection des investisseurs.»⁸⁹ Cette disposition impose une appréciation globale de la surveillance par l'autorité suisse; en d'autres termes, celle-ci doit procéder à un bilan⁹⁰. Il y a donc ici essentiellement un rapprochement des normes sur le plan des objectifs, les autorités gardant une grande liberté quant aux moyens.

Du point de vue européen, l'art. 45 al. 2 LFP vient toutefois s'ajouter à des normes suisses définissant déjà des éléments de substance par rapport au droit communautaire, à savoir les art. 32 al. 2 (placements autorisés) et 50 al. 1 LFP

administrative internationale en droit de la concurrence. Droit du GATT/OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse, Thèse Neuchâtel 2000 (à paraître). Eg. SHELTON (note 25), p. 74s., qui cite les recommandations OCDE de 1995 et 1998, selon lesquelles, respectivement,

«Les pays Membres doivent:

- s'informer d'éventuelles violations de la législation de l'autre pays;
- se prévenir lorsqu'une affaire peut porter atteinte aux intérêts de l'autre pays;
- demander à l'autre autorité de la concurrence d'agir contre des pratiques qui portent atteinte aux intérêts du pays requérant;
- rassembler et échanger des informations dans la mesure où les lois nationales sur la confidentialité ne s'y opposent pas;
- coordonner les enquêtes;
- coordonner les mesures correctrices.»

Et dans une vision moins courageuse en 1998,

«Les pays Membres doivent:

- faire en sorte que leur réglementation de la concurrence mette fin efficacement aux ententes injustifiables et dissuade ces pratiques;
- coopérer pour l'application de leurs réglementations dans ce domaine.»

89 Souligné par l'auteur.

90 R. WATTER/R. TRUFFER, art. 45 LFP n° 19, in: N. P. VOGT/R. WATTER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle/Genève/Munich 1999; avec d'autres références. Eg. P. SPINLER, art. 45 LFP n° 12 ss, in: P. FORSTMOSER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz*, Vol. I, Zurich 1997.

(prospectus) (p. 295 s.), et surtout à des directives simplifiant la procédure d'autorisation pour les fonds étrangers eurocompatibles⁹¹.

A notre avis, le concept de «*surveillance appropriée*», utilisé pour les négociants étrangers, est à rapprocher de celui de «*surveillance comparable*» que l'on trouve dans le domaine des fonds de placement. En effet, selon l'OBVM, un négociant étranger ne peut ouvrir une succursale ou une représentation en Suisse ou s'affilier à une bourse suisse que s'il est soumis à un tel contrôle⁹². Autrement, il n'a d'autre choix que de constituer une filiale de droit suisse⁹³. Ainsi, ce régime met au premier plan l'équivalence des droits, encourageant au demeurant ceux qui ne remplissent pas encore ce critère à rejoindre ce groupe par une adaptation de leur réglementation.

La Commission de la concurrence reconnaît également une certaine valeur aux procédures étrangères, notamment dans le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises. C'est ainsi que «la notification d'une opération de concentration déposée auprès d'une autorité étrangère peut en principe également être adressée à la Commission de la concurrence»⁹⁴. Certaines exigences – en particulier celles relatives à la langue de la notification⁹⁵ – créent cependant certains obstacles à une parfaite compatibilité. L'autorité suisse de la concurrence a néanmoins donné des indications très utiles quant aux concordances entre le formulaire de l'Union européenne, d'une part, et le formulaire commun de l'Allemagne, de la France et de la Grande-Bretagne, d'autre part⁹⁶. Enfin, les efforts accomplis dans le cadre de l'OCDE, pour mettre en place un formulaire-cadre de notification reconnu internationalement, vien-

91 Directives pour des requêtes en autorisation pour la distribution de parts de fonds de placement étrangers qui remplissent les conditions de la directive de l'UE 85/611/CEE (OPVM/UCITS), du 1^{er} juin 1999, reproduite in: L. THÉVENOZ/U. ZULAUF (dir.), *Droit bancaire et financier 2000*, Zurich 1999 (BF 2000), 31B-18. Les autres fonds – c'est-à-dire ceux provenant de pays non-membres de l'Espace économique européen (EEE) ou ceux de pays de l'EEE qui ne remplissent pas les conditions de la directive communautaire précitée – sont soumis à des exigences plus étendues. Cf. Directives pour des requêtes en autorisation pour la distribution de parts de fonds de placement étrangers qui ne sont pas eurocompatibles, reproduite in BF 2000, 31B-19.

92 Art. 41 al. 1 lit. b, 49 al. 1 lit. a et 53 al. 1 lit. a OBVM.

93 G. HERTIG/U. SCHUPPISSER, art. 10 LBVM n° 56, in: N. P. VOGT/R. WATTER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle/Genève/Munich 1999.

94 RPW/DPC 1998/3, p. 507, Partie I, lit. K (versions allemande, française et italienne). Sur ce document, cf. P. GUGLER/B. MERKT, «Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises», in: C. BOVET (dir.), *Journée du droit de la concurrence 1998: Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Zurich 1999, p. 91.

95 Art. 11 al. 4 OCCE. Eg. art. 14 OCCE (notification complète). GUGLER/MERKT (note 94), p. 97.

96 RPW/DPC 1998/3, p. 507, Partie I, lit. K (versions allemande, française et italienne). GUGLER/MERKT (note 94), p. 98s.

ment soutenir ces premiers pas vers une convergence dans le contrôle des concentrations⁹⁷.

Thèse 12: Autoréglementation nationale

Le droit étranger entre parfois d'abord par l'autoréglementation édictée par des organismes nationaux, puis s'intègre dans le droit matériel suisse.

En Suisse, comme dans la plupart des pays ayant des marchés financiers développés, l'autoréglementation joue un rôle très important⁹⁸, ne serait-ce déjà qu'en raison du pouvoir de *lobbying* que certains des organismes à l'origine de ces normes représentent. Par ailleurs, et surtout, la loi consacre parfois ce principe et reconnaît une *valeur législative* aux normes ainsi édictées:

«Lorsque le législateur choisit la forme de son intervention (minimale), les critères d'effectivité lui suggèrent une loi-cadre liée à l'autoréglementation: elle présente le meilleur rapport coûts-bénéfices et apparaît comme le moyen d'intervention le plus adéquat, en termes tant dogmatiques que pratiques.

L'autoréglementation signifie une délégation de l'intervention à un organisme privé. Pratiquement tous les ordres juridiques l'utilisent, selon des formes variables tant dans le rapport à la loi que dans le support qu'elle choisit. Elle a cependant aussi ses faiblesses; celles-ci exigent que le législateur fournisse certaines garanties formelles et réserve certains domaines à la réglementation étatique. C'est le cas en particulier en droit suisse où la Constitution a banni tout espèce de corporatisme.»⁹⁹

Cette intégration de l'autoréglementation dans le droit matériel peut se faire de plusieurs manières. En particulier:

- par une *délégation explicite*, lorsque le législateur donne expressément un tel pouvoir à un organisme privé¹⁰⁰;

97 Voir les références note 41.

98 J.-B. ZUFFEREY, La réglementation des systèmes sur les marchés financiers secondaires, Contribution dogmatique et comparative à l'élaboration d'un droit suisse des marchés financiers, Fribourg 1994, p. 312 ss. Idem, Regulation of trading systems on financial markets, Londres/La Haye/Boston 1997, p. 248 ss. Eg. NOBEL (note 67), p. 27 ss. On trouvera en outre dans ces trois ouvrages de nombreuses autres références.

99 ZUFFEREY, La réglementation (note 98), p. 327 s.

100 Art. 4 LBVM relatif à l'organisation des bourses. A ce sujet, D. DAENIKER, art. 4 LBVM, in: N. P. VOGT/R. WATTER (éd.), Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Bâle/Genève/Munich 1999.

- par une *délégation implicite*, lorsque cette délégation peut se déduire de l'interprétation de la loi¹⁰¹;
- par une incorporation comme *règles de comportement* dans le cadre de concepts tels que la «garantie d'une activité irréprochable»¹⁰²;
- par d'autres moyens, notamment en tant que *solution transitoire* durant la période d'élaboration d'une réglementation¹⁰³.

Souvent, les organismes d'autoréglementation s'inspirent du droit étranger¹⁰⁴. Outre l'intégration générale dans le système économique, ce mécanisme permet de faire face à la fréquence des changements dans des marchés fortement interconnectés; le processus d'autoréglementation est en effet plus rapide que la procédure législative ordinaire.

101 Art. 11 LBVM le fait implicitement pour les règles de conduite de négociants. A ce propos, L. THÉVENOZ, «Les règles de conduite des négociants», in: P. NOBEL (éd.), Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, Numéro spécial de la RSDA 1997, p. 21; avec de nombreuses autres références.

102 Art. 3 al. 2 lit. c LB et art. 10 al. 2 lit. d LBVM. Sur ces dispositions, cf. respectivement, B. KLEINER, art. 3 LB n° 94 ss., in: D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zurich 2000; G. HERTIG/U. SCHUPPISSER, art. 10 LBVM n° 43 ss., in: N. P. VOGT/R. WATTER (éd.), Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Bâle/Genève/Munich 1999. Eg. M. L. AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Berne 1990. A noter que les règles de conduite élaborées par l'Association suisse des banquiers sur la base de l'art. 11 LBVM figurent parmi les «Règles de comportement de l'Association suisse des banquiers pour lesquelles l'institution de révision doit vérifier qu'elles sont respectées par les banques et les négociants en valeurs mobilières» (Annexe I à la Circulaire 96/3 de la Commission fédérale des banques; reproduite in BF 2000 [note 91], 31A–14a). Cela démontre notamment les liens qui existent entre ces différents moyens de faire entrer l'autoréglementation dans le droit matériel.

103 L'exemple le plus frappant dans ce domaine est celui des opérations d'initiés. D'une manière très résumée, l'Association suisse des banquiers avait adopté, en parallèle avec un Memorandum of Understanding signé entre les autorités suisses et le gouvernement américain le 31 août 1982, une Convention XVI relative au traitement des demandes de renseignements de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis sur les abus d'informations privilégiées (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1983). Cette solution transitoire fut abrogée en 1988 suite à l'entrée en vigueur de l'art. 161 CPS. Sur ces questions, cf. M. GIOVANOLI, «La répression des opérations d'initiés et l'évolution du droit du marché financier en Suisse», in: F. DESSEMONTET (éd.), La répression des opérations d'initiés, Lausanne (CEDIDAC) 1990, p. 11 ss. Eg. N. SCHMID, Schweizerisches Insider-Strafrecht, Berne 1988, p. 45 s. n° 14 ss. Ce processus législatif particulier a notamment valu à l'art. 161 CPS le qualificatif peu envié de «*lex americana*». GIOVANOLI, précité, p. 16 ss., et SCHMID, p. 44 n° 12, avec d'autres références.

104 La «copie conforme» n'est toutefois pas nécessairement la règle, cf. p. ex. THÉVENOZ (note 101), p. 25 s., à propos des règles de conduite des négociants (art. 11 LBVM) et leur concrétisation par l'Association suisse des banquiers (notes 101 s.).

III. Conclusions

Le constat qui résulte de ces douze thèses est certainement une influence considérable du droit étranger sur le droit public économique suisse. Les relations étroites entre les différentes économies nationales, l'ouverture des marchés, la nécessité de coopérer voire de coordonner les actions, mais aussi les échanges de toutes sortes (commerciaux ou d'idées), sont autant de raisons à l'origine de cette situation. Les chemins pris par le droit étranger ne sont pas toujours les plus directs et, parfois, sont même tortueux ou dissimulés.

Sur le plan plus particulier de l'intégration européenne, il faut reconnaître que les conclusions à tirer de ce bilan sont ambiguës. Certes, il n'est pas contesté que le droit économique suisse ne cesse de se rapprocher du droit communautaire. Cette réduction constante de la distance qui sépare nos deux droits pourrait conduire certains à conclure que, dans ce domaine, la Suisse n'a pas plus à perdre et d'autres qu'elle n'a pas plus à gagner dans une adhésion à l'Union européenne.

Enfin, les questions évoquées dans cette contribution sont vastes, et la plupart mériteraient probablement une étude séparée. La réception du droit étranger dans le droit public économique suisse est donc aussi à l'origine de nouveaux défis pour le juriste, comme:

- l'interprétation de ces normes sur le plan interne;
- l'inflation normative créée par l'incorporation de groupes entiers de règles en considérant que celles-ci sont nécessaires parce qu'édictees et appliquées à l'étranger;
- notamment, les différences culturelles et juridiques qui ne sont pas toujours prises en compte dans ce processus; ou
- au contraire, la reprise seulement partielle de règles étrangères, créant par là des problèmes de cohérence du système sur le plan interne comme externe.