

# **CH\_VB 2000-2139 5603 vom 27. Juni 2000**

Bundesverwaltung, 2000-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_2000-2139\\_5603](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2000-2139_5603)

FR: CH\_VB 2000-2139 5603 du 27 juin 2000

IT: CH\_VB 2000-2139 5603 del 27 giugno 2000

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Cf. rapport sur le marché intérieur suisse rédigé par l'Office fédéral des questions conjoncturelles en réponse au postulat du groupe PDC du 12 juin 1989 (ad 89.476), Berne, 1993. Voir aussi Senti, R., Baltensperger, J., Binnenmarkt Schweiz, wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentli chrechtlichen Bereich, Office fédéral des affaires conjoncturelles, Berne, 1991.

5605 – la profession d'avocat<sup>2</sup>, – le service des taxis, – la branche des cafetiers-restaurateurs, – les professions itinérantes, – les professions de régisseur et de courtier en immeubles. Ces domaines d'activité ont la particularité d'être orientés sur le marché intérieur et sont ainsi soustraits largement à la concurrence internationale. Le mandat à l'OPCA portait sur la libre prestation des services et des prestations de travail, deux domaines qui sont étroitement liés. Le mandat à l'OPCA ne couvrait en revanche pas les marchés publics et la construction, ni la libre circulation des capi- taux. Le mandat à l'OPCA excluait également le domaine du marché de l'électricité, ce domaine faisant l'objet d'une projet législatif séparé<sup>3</sup>. L'OPCA a comparé la situation avant l'entrée en vigueur de la loi avec celle existant aujourd'hui. Pour ce faire, il a procédé à une analyse documentaire et à plusieurs entretiens avec des représentants des branches concernées. Il a également analysé la jurisprudence des tribunaux et développé, sur le plan économique, un indicateur du marché intérieur. L'OPCA a rendu son expertise à la mi-février 2000. Le rapport a fait l'objet d'une très large discussion au sein de la sous-commission. Pour l'essentiel, cette dernière s'est ralliée aux résultats de l'évaluation de l'OPCA. La sous-commission a élaboré ensuite ses propres conclusions et recommandations qu'elle a soumises pour prise de position au Conseiller fédéral Pascal Couchepin, chef du Département fédéral de l'économie. Le 27 juin, le rapport de la sous-commission a été mis en délibéré en séance plénière de la Commission de gestion. La commission l'a adopté à l'unanimité et a décidé de le publier, à l'instar du rapport de l'OPCA. Pour tenir le présent document dans des limites aussi étroites que possible, la com- mission se borne ici à exposer brièvement les conclusions de l'OPCA en renvoyant le lecteur au rapport final qui figure en annexe.

### **E. 2**

La profession de notaire n'a pas été prise en considération dans la mesure où elle ne bénéficie pas, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, de la liberté de commerce et d'industrie (cf. en particulier ATF 2P.433/1997, du 30 juin 1998).

#### **E. 2.1**

Effet concret et positif de la LMI sur l'ouverture des marchés: professions médicales libérales et profession d'avocat En ce qui concerne les professions médicales libérales,

l'envoi de médicaments par la poste est un domaine dans lequel la LMI a eu un effet positif sur le marché intérieur. En vertu d'un arrêt du Tribunal fédéral<sup>22</sup>, un canton ne peut pas simplement interdire la vente par la poste de médicaments en provenance d'un autre canton lorsque la protection d'intérêts publics est assurée par des limitations et des prescriptions applicables dans le canton de provenance. En Suisse, cette forme de vente par correspondance est un service qui n'est offert que depuis peu. Par rapport à la vente traditionnelle en pharmacie, la vente par correspondance de médicaments constitue une concurrence évidente sur les prix. D'une manière générale, les produits proposés en vente par correspondance sont moins chers que les produits correspondants achetés en pharmacie. Pour cette raison, la vente par correspondance a de bonnes chances de s'établir sur un marché. Au demeurant, ce nouveau canal de distribution pourrait favoriser la concurrence en soumettant les prix des produits pharmaceutiques, peu flexibles jusqu'ici, à de nouvelles pressions. Par conséquent, cette ouverture du marché intérieur pourrait s'avérer importante. Pour le reste, et malgré la LMI, les professions médicales libérales restent entravées par des obstacles découlant des diverses réglementations cantonales. Ces barrières ne sont cependant pas trop élevées, raison pour laquelle elles ne jouent pas un rôle économique très important pour cette branche. De plus, il faut encore relativiser ce rôle étant donné qu'il y a d'autres barrières réglementaires bien plus importantes dans les domaines de la législation en matière de santé et d'assurance maladie.

### **E. 2.2**

Effet limité de la LMI: professions paramédicales, profession d'opticien, secteur hôtelier et profession de régisseur et de courtier en immeubles En ce qui concerne les professions paramédicales, les améliorations survenues concernent principalement la reconnaissance des diplômes. Deux ordonnances de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) unifient la reconnaissance des diplômes de vingt professions paramédicales. Pour une partie de cette branche, la reconnaissance des diplômes de fin de formation est harmonisée au niveau suisse. La profession d'opticien connaît également un régime de reconnaissance des diplômes au niveau suisse. Dans le domaine de la santé, les législations cantonales récentes tendent d'ailleurs vers une réglementation plus libérale dans ces deux branches. Dans certains cas, elles prévoient une procédure simplifiée pour les détenteurs d'une autorisation d'un autre canton. En ce qui concerne les régisseurs et courtiers en immeubles, les autorisations cantonales d'exercer la profession ont en majeure partie été abolies. Dans le secteur de la restauration, de nombreux cantons ont purement et simplement supprimé la clause du besoin, de même qu'ils ont assoupli le régime d'autorisations et libéralisé les heures d'ouverture. Les professions paramédicales, la profession d'opticien, la branche des cafetier-restaurateurs et la profession de régisseur et courtier en immeubles ont en commun le fait d'avoir bénéficié d'une dérégulation partielle qui a eu lieu dans le cadre d'une dynamique de libéralisation plus générale. La mise en œuvre de la LMI n'est qu'un facteur de dérégulation parmi d'autres. Seule une petite partie de la libéralisation observée peut être explicitement attribuée à la LMI. Cette dernière a tout de même déployé certains effets dans les branches énumérées ci-dessus. Ces effets ne peuvent

### **E. 2.3**

Effet presque nul de la LMI: profession d'installateur sanitaire, services de taxi, professions itinérantes et professions dans le domaine des thérapies naturelles Pour la profession d'installateur sanitaire, les services de taxi, les professions itinérantes ainsi que les

professions dans le domaine des thérapies naturelles, les analyses par branche ont révélé la persistance d'importantes barrières entravant nettement la concurrence et la mobilité professionnelle. Exemples: – Les concessions d'installateur sanitaire octroyées au niveau des communes et qui doivent être demandées avant l'exécution de chaque travail. – Les examens et les conditions régissant l'octroi des concessions de taxi très divergents d'un endroit à l'autre. – Les différentes patentes cantonales ou communales qui sont nécessaires pour l'exercice de professions itinérantes. – Les définitions des professions dans le domaine des thérapies naturelles et les conditions d'autorisation pour les exercer qui sont totalement différentes d'un canton à l'autre. Dans ces quatre branches, les effets de la LMI sont extrêmement limités. Une raison évidente à l'origine de ces lacunes d'application de la LMI réside dans l'absence de recours interjetés contre des décisions cantonales. Installateur sanitaire, représentant d'une profession itinérante ou entreprise de taxi, personne n'a, à notre connaissance, encore emprunté les voies de droit prévues par la LMI. Cette constatation montre clairement que la mise en œuvre de la LMI n'est pas automatique et qu'elle ne se fait pas de manière uniforme. Pour ce qui est du domaine des installations sanitaires, la raison avancée pour expliquer cette absence de recours réside dans le montant proportionnellement peu élevé de chaque mandat ou de la concession y relative. Dans ces conditions, même si un recourant obtenait gain de cause, le coût d'une procédure juridique dépasserait le produit escompté. Quant aux services de taxi, ils semblent d'une manière générale profiter du statu quo, si bien que les offreurs ne ressentent pas le besoin de recourir à la LMI.

5621 En ce qui concerne les professions dans le domaine des thérapies naturelles, un recours est parvenu jusqu'au Tribunal fédéral. La décision de la plus haute instance n'a toutefois pas entraîné l'ouverture espérée du marché<sup>24</sup>. Pour cette raison, la LMI ne déploie aucun effet de renforcement de la concurrence. Dans les quatre dernières branches particulièrement problématiques, la LMI n'a eu pratiquement aucun effet. D'une manière générale, force est de constater que l'ouverture du marché intérieur escomptée n'a pas eu lieu. Par exemple, pour toutes les branches examinées, lorsque l'exercice d'une profession est soumis à autorisation, il reste nécessaire de faire une nouvelle demande en cas de changement de canton, et cela malgré la LMI. Il n'est donc pas possible de dire que la LMI a permis de réaliser un «marché intérieur suisse». Le manque d'effets de cette loi est avant tout un problème structurel de mise en œuvre. Cette question fait l'objet du chapitre ci-dessous.

3 Analyse de la mise en œuvre de la LMI L'application de la LMI repose dans une large mesure sur l'idée que les personnes concernées font valoir juridiquement leur droit à l'accession au marché et que, par conséquent, les cantons seront amenés à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives aux dispositions de cette loi. La Commission de la concurrence peut soutenir la mise en œuvre de la LMI en élaborant des recommandations et des expertises à l'attention des tribunaux cantonaux. En fait, les voies de droit de l'art. 9 LMI constituent l'instrument de mise en œuvre de la LMI. La jurisprudence, principalement celle du Tribunal fédéral, se voit ainsi attribuer un rôle crucial. Elle fixe le degré d'ouverture du marché en décidant dans quelle mesure les cantons doivent adapter leurs décisions et leurs dispositions matérielles à celles de la LMI. Juridiquement, la problématique du marché intérieur se situe dans le champ de deux principes qui s'opposent: d'une part, la liberté du commerce et de l'industrie et de l'autre, le fédéralisme. Jusqu'à présent, la jurisprudence fédérale accordait plus d'importance à ce dernier, ce qui empêchait le décloisonnement du marché intérieur. Aussi, selon le message du Conseil fédéral, la LMI devait-elle servir à donner plus de poids au principe de la liberté

du commerce et de l'industrie (art. 31 est. 1874) par rapport au principe du fédéralisme<sup>25</sup>. La LMI a concrétisé cette intention au moyen des dispositions relatives à la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI) et à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal sur tout le territoire suisse (art. 4, al. 1, LMI). Cependant, lors de l'interprétation de ces dispositions, le Tribunal fédéral continue malgré tout de favoriser la dimension fédéraliste. Pour ce faire, il peut notamment se fonder sur l'art. 3 LMI et, dans certaines conditions, admettre des restrictions à la liberté d'accès au marché d'offres externes.

### **E. 3**

Appréciation et conclusions de la Commission de gestion

#### **E. 3.1**

Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral limite le marché intérieur La jurisprudence par laquelle le Tribunal fédéral privilégie le principe du fédéralisme au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie se résume en trois points. 1. Le Tribunal fédéral exclut la liberté d'établissement du principe de la liberté d'accès au marché: Lorsqu'une activité exige des locaux, un magasin ou un cabinet hors du canton d'origine, le Tribunal fédéral est d'avis qu'ils constituent un établissement commercial dans le canton de destination. Dans ce cas, il est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une question de circulation intercantonale de services, mais d'une affaire interne au canton. Selon lui, ce sont donc les dispositions cantonales en matière d'établissement du canton de destination qui s'appliquent et non le principe de la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI). La jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>26</sup> empêche ainsi des professions entières comme les médecins, les naturopathes ou les cafetier-restaurateurs, d'accéder librement au marché car, en raison de la nature même de leur profession, ils doivent s'établir professionnellement dans le canton de destination s'ils veulent exercer une activité hors de leur canton de provenance. 2. En se référant à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 2, LMI), les cantons peuvent apporter la preuve que la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 3, al. 3, let. a, LMI), ce qui leur permet de s'opposer à la liberté d'accès au marché. Ainsi, pour les professions dans le domaine des thérapies naturelles, le Tribunal fédéral a limité, en se fondant sur les dispositions de l'art. 3 LMI, le libre accès au marché aux situations dans lesquelles le niveau de protection était identique dans le canton de provenance et dans le canton de destination<sup>27</sup>. Lorsqu'un naturopathe veut quitter un canton «tolérant» pour exercer dans un canton «sévère», ce dernier peut l'empêcher d'accéder librement au marché en se référant à l'article en question. Les naturopathes font partie d'une catégorie professionnelle qui connaît des obstacles à l'accès au marché particulièrement élevés, étant donné que les conditions pour pratiquer varient énormément d'un canton à l'autre (notamment pour ce qui est du niveau de protection du public). Dans ce cas, la LMI reste donc sans effet puisque le Tribunal fédéral utilise son pouvoir d'appréciation découlant de l'art. 3 LMI pour protéger la souveraineté cantonale. 3. Le Tribunal fédéral<sup>28</sup> a limité la reconnaissance automatique des diplômes selon l'al. 1 de l'art. 4 LMI aux certificats de capacité suisses. Ainsi, un canton ne doit pas forcément reconnaître un diplôme de médecin-dentiste étranger, même s'il est reconnu dans d'autres cantons. Malgré la LMI, la mobilité professionnelle des personnes titulaires de diplômes étrangers n'est pas garantie et une importante entrave à l'accès au marché subsiste ainsi.

### **E. 3.2**

Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral favorise le marché intérieur Après les aspects de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui vont à l'encontre de la réalisation d'un marché intérieur suisse, il s'agit d'aborder ici les aspects de la pratique juridique du Tribunal fédéral qui sont favorables au marché intérieur. Il faut cependant relever que ces décisions ne constituent pas un grand changement par rapport à la situation juridique telle qu'elle était avant l'entrée en vigueur de la LMI. Concrètement, la jurisprudence du Tribunal fédéral a permis les libéralisations suivantes<sup>29</sup>: – En cas de limitation de l'accès au marché, les titulaires d'autorisations d'autres cantons doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'examen gratuite, voire d'une procédure juridique de première instance gratuite. – Les certificats de capacité suisses pour des professions connues et autorisées dans tous les cantons doivent être reconnus sur tout le territoire de la Confédération. – Lorsque les conditions sont comparables d'un canton à l'autre (même niveau de protection visé), les titulaires d'autorisations du canton d'origine sont autorisés à accéder librement au marché du canton de destination ou, au moins, doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'autorisation facilitée et simplifiée pour exercer leur profession. Cependant, même ces modifications de portée marginale ne sont pas parvenues à s'imposer dans toutes les branches analysées. Ainsi, la pratique selon laquelle les titulaires d'une autorisation d'un autre canton doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'autorisation gratuite n'est pas appliquée par les autorités de tous les cantons. Cette situation découle principalement du fait que le processus de mise en œuvre de la loi repose principalement sur les voies de droit. Lorsqu'un canton n'applique pas la LMI dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est nécessaire de recourir contre la décision cantonale incriminée. Pour cela, il faut que certaines conditions soient remplies: le recourant doit être personnellement concerné par la décision, il doit avoir une connaissance suffisante de la LMI et être prêt à assumer le risque et les frais découlant d'un recours. Pour ces raisons, d'une profession à l'autre, les personnes concernées n'ont pas la même propension à recourir. Dès lors, il n'est pas étonnant que le plus grand nombre de recours émane d'avocats alors même que pour leur profession, la problématique du marché intérieur ne se

### **E. 3.3**

Le rôle de la Commission de la concurrence La pratique du Tribunal fédéral qui accorde la priorité aux compétences cantonales a des effets sur les activités de la Commission de la concurrence et influence le comportement des cantons en matière d'adaptation (ou non) de leur législation (à ce sujet, voir ch. 3.4). L'art. 8 LMI charge la Commission de la concurrence de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi. La commission peut leur adresser des recommandations concernant la compatibilité des actes législatifs et peut établir des expertises à l'intention des autorités administratives et judiciaires (art. 10 LMI). Toutefois, le recours aux services de la Commission de la concurrence n'a aucun caractère obligatoire. De plus, ses expertises et ses recommandations ne sont pas contraignantes pour leurs destinataires. Etant donné que, de surcroît, la Commission de la concurrence ne dispose d'aucun droit de plainte, les cantons et les communes n'ont jusqu'à présent pas fait preuve de beaucoup d'intérêt envers ses recommandations et ses expertises. Lorsque la Commission de la concurrence rend les cantons attentifs à une barrière, les cantons laissent souvent entendre que les personnes concernées disposent d'un droit de recours. Mais l'interprétation actuelle de la LMI par le Tribunal fédéral, les faibles chances de succès d'un

recours et la prise en charge des frais de justice en cas de déboulement retiennent les recourants potentiels d'emprunter les voies de droit. Ainsi, les cantons n'ont pas à craindre de recours contre leurs décisions qui ne seraient pas conformes à la LMI. Ils ne sont donc pas incités à s'adresser à la Commission de la concurrence pour lui demander d'examiner la compatibilité de leurs lois et prescriptions avec la LMI et, d'autre part, ils ne ressentent pas non plus le besoin de tenir compte de ses éventuelles recommandations. L'attitude du Tribunal fédéral privilégiant le principe du fédéralisme place la Commission de la concurrence devant un problème fondamental: les cantons ne sont pas incités à prendre des mesures afin de mettre en application la LMI. Lors de la discussion entre l'OPCA et le secrétariat de la Commission de la concurrence, ce dernier s'est déclaré déçu par la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Le domaine des soumissions mis à part, la LMI a été amputée de tout effet. La jurisprudence du Tribunal fédéral limite donc fortement la marge de manœuvre de la Commission de la concurrence en tant qu'organe de surveillance de l'application de la LMI. Elle se sent par conséquent réduite à «prêcher dans le désert».

5625

### **E. 3.4**

Adaptation du droit cantonal Selon le message du Conseil fédéral concernant la LMI, «il faut [...] encourager les cantons à créer des conditions-cadre communes par le biais de concordats et d'adaptations autonomes dans leurs domaines de compétence<sup>30</sup>.» L'art. 11 LMI prévoit aussi que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques adaptent leurs prescriptions dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi (1er juillet 1996). Dans les huit branches examinées par l'OPCA, la LMI n'a pas exercé d'influence déterminante sur les législations cantonales. Depuis l'entrée en vigueur de la LMI, elle n'a explicitement été mentionnée que dans huit révisions de lois cantonales. La conclusion de concordats intercantonaux n'a guère été encouragée. Seul l'accord sur l'Espace Mittelland, signé par sept cantons, peut être considéré comme une émanation directe de la LMI. Ce constat confirme la conclusion tirée dans le paragraphe consacré à la Commission de la concurrence (voir ch. 3.3), à savoir que la jurisprudence du Tribunal fédéral, en accordant la priorité aux compétences cantonales n'incite pas les cantons à mettre en œuvre la LMI. Par conséquent, les cantons ne sont guère motivés à adapter leurs législations et à créer les conditions-cadre communes, donc à permettre de réaliser le marché intérieur suisse.

4 Conclusion L'évaluation de la LMI a permis de constater que, pour de nombreuses professions, le marché intérieur suisse n'existe pas encore. Spécialement dans les domaines caractérisés par des réglementations cantonales très différentes les unes des autres, la LMI n'est pratiquement pas parvenue à contribuer à la réduction des barrières empêchant le libre accès au marché. Des branches comme celles des installateurs sanitaires, des taxis ou des professions itinérantes, toutes considérées en 1992 comme problématiques du point de vue du marché intérieur, sont aujourd'hui encore caractérisées par des entraves à la concurrence et une mobilité professionnelle réduite. L'objectif de la LMI, qui est de garantir que tout offreur ayant son siège ou son établissement en Suisse puisse accéder librement et sans discrimination au marché, n'est donc pas atteint. Cet échec est, entre autres, dû au fait que la LMI a été conçue en tant que loi-cadre. Le pouvoir d'appréciation que la LMI laisse aux tribunaux amène ces derniers à prendre par leur jurisprudence, des décisions de politique économique d'une portée considérable. Ainsi, dans son interprétation de la LMI, le Tribunal fédéral a protégé le principe du fédéralisme au détriment de celui de la liberté d'accès au marché. L'efficacité

de la LMI a par conséquent été réduite de façon décisive et la réalisation du marché intérieur suisse a été fortement freinée.

### **E. 3.5**

Perspectives d'avenir La marge de manœuvre pour une meilleure application de la LMI est assez étroite. Il semble difficile en effet de remettre aujourd'hui fondamentalement en question le subtil équilibre politique entre les exigences d'un marché harmonisé et les contraintes du fédéralisme. Pour la Commission de gestion, il faut laisser le soin à la jurisprudence du Tribunal fédéral – encore peu nombreuse et récente – de s'affiner et d'évoluer au fil des recours qui lui seront présentés. D'ailleurs dans d'autres domaines qui échappent à la LMI, le Tribunal fédéral a déjà prouvé qu'il était acquis à l'esprit du marché intérieur et au principe de libre-circulation des personnes plutôt qu'à la souveraineté des cantons. C'est notamment le cas dans certains de ces arrêts relatifs à la problématique de l'obligation de résidence pour les fonctionnaires cantonaux<sup>15</sup>. Nul doute aussi que les évolutions constatées en Europe et dans d'autres législations ainsi que l'interdépendance accrue entre les règlements nationaux et internationaux<sup>16</sup> joueront également un rôle positif dans l'ouverture du marché intérieur. Les accords bilatéraux auront de l'importance sur l'ouverture du marché intérieur. Ils permettront notamment de régler la reconnaissance des détenteurs de diplômes européens. Cela concerne le personnel médical, dont les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les vétérinaires, le personnel soignant et les sages-femmes, ainsi que les avocats. Parallèlement aux accords bilatéraux se développent des projets législatifs qui auront également une influence favorable sur la libre circulation des services et des personnes. Il s'agit notamment de la loi sur la libre circulation des avocats<sup>17</sup>, de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques<sup>18</sup> et du projet de loi fédérale sur le commerce itinérant. Soulignons au passage que c'est précisément dans les domaines où la LMI a généré le plus de percées libérales que l'on assiste aux tendances d'harmonisation fédérale (avocat, pharmacie). Toutes ces évolutions vont permettre, la commission l'espère, de perfectionner le marché intérieur suisse.

### **E. 4**

Rapport final de l'OPCA, page 13.

### **E. 5**

RS 413.21

### **E. 6**

«Jusqu'ici, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le principe du fédéralisme a pesé d'un plus grand poids que la réalisation du marché intérieur.» (FF 1995 I 1199). «La jurisprudence du TF à propos de la LCI [liberté du commerce et de l'industrie] n'a pas accordé beaucoup de poids jusqu'ici aux composantes du marché intérieur favorables au droit individuel d'accès au marché et, partant, à la concurrence, par rapport au principe du fédéralisme. Mais les choses pourraient changer avec le temps.» (FF 1995 I 1215). «Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient d'attribuer à l'idée du marché intérieur au moins autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici.» (FF 1995 I 1246).

### **E. 7**

BO 1995 N 1154.

5609 affichée d'«assurer la poursuite d'une diversité fédéraliste dans une forme adaptée aux conditions contemporaines et marquée par l'idée du marché unique européen»<sup>8</sup> n'a pas été concrétisée. Les divergences entre les cantons en matière de prescriptions étatiques demeurent encore très importantes, ce qui contrecarre l'objectif principal d'ouverture du marché. Si la LMI n'impose pas une solution uniforme, il reste que le caractère supplétif de la loi ne dispensait pas les cantons d'adapter leur législation aux principes exposés dans la LMI. En effet, l'art. 11, al. 1, LMI, invite les cantons et les communes, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, à adapter leurs prescriptions à celles de la LMI. Le mandat est donc clair: les cantons n'avaient pas seulement la faculté d'adapter leurs prescriptions et pratiques, mais ils en avaient aussi l'obligation. Comme le souligne le Conseil fédéral dans son message, la «période d'adaptation (...) doit garantir que les principes fixés par la loi seront mis en œuvre dans les droits cantonaux (...) et que les éventuelles divergences existantes disparaîtront»<sup>9</sup>. Plus de trois ans après l'entrée en vigueur la plupart des divergences existent toujours. Dans ce contexte, il semble que la notion de loi-cadre de la LMI a eu une influence non négligeable sur sa mise en œuvre. Fondamentalement, une loi-cadre est un acte législatif qui contient essentiellement des règles générales et des principes, et qui réserve la mise en œuvre concrète de ces dispositions à des actes législatifs de collectivités publiques de rang inférieur. En ce sens, la loi-cadre n'est pas l'expression d'un niveau hiérarchique particulier, mais exprime plutôt le rôle que veut occuper le législateur par rapport à l'objet de la législation. Si, dans la LMI, le législateur fédéral a voulu faire preuve de retenue à l'égard des compétences des cantons, cela ne voulait pas dire que les cantons étaient libres d'adapter ou non leur législation à la LMI. Qui dit loi-cadre, ne dit pas que les cantons sont autorisés à se soustraire à leurs obligations. En effet, comme le soulignait déjà la Commission de gestion du Conseil des Etats dans un précédent rapport, «tous les acteurs impliqués par une loi-cadre sont d'abord tenus par la lettre de la loi et de ses dispositions de délégation et non pas par la notion de loi-cadre»<sup>10</sup>. Pour la Commission de gestion, les cantons ont manqué d'assiduité dans l'adaptation de leur droit à la LMI. Trois raisons expliquent cette attitude. La première, c'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a continué à donner dans ses arrêts davantage de poids au fédéralisme qu'à la réalisation du marché intérieur. La deuxième raison, c'est l'absence de caractère contraignant des recommandations et expertises de la commission de la concurrence. Les cantons peuvent s'en écarter sans avoir à craindre quoi que ce soit. La troisième raison, c'est l'absence de promotion intercantonale par la Confédération, le Parlement ayant biffé du projet de LMI une disposition allant dans ce sens. La situation actuelle est insatisfaisante. C'est pourquoi la Commission de gestion estime que le Conseil fédéral devrait intervenir officiellement auprès des cantons pour les inviter à éliminer ou à adapter dans les meilleurs délais toutes les prescrip-

## **E. 8**

Réformes en faveur de l'économie de marché, Rapport du groupe de travail interdépartemental de la Confédération, Office fédéral des questions conjoncturelles, étude no 19, 1994, page 50.

## **E. 9**

FF 1995 I 1256

## **E. 10**

Rapport d'inspection de la Commission de gestion du Conseil des Etats consacré à la législation extraparlamentaire en matière de prévoyance professionnelle, du 7 avril 1995 (FF 1995 IV 1227).

5610 tions qui contreviennent à la LMI. Pour ce faire, le Conseil fédéral peut s'appuyer sur la Constitution fédérale. En effet, en vertu des compétences générales qui lui sont attribuées par la Constitution (art. 186, al. 4, Cst.), il incombe au Conseil fédéral de veiller au respect, dans les cantons, du droit fédéral. Pour exercer cette surveillance, il est habilité à prendre, de son propre chef ou sur plainte, les mesures qui lui paraissent nécessaires (contacts informels, circulaires, etc.). Recommandation La Commission de gestion invite le Conseil fédéral à intervenir auprès des cantons pour qu'ils adaptent dans les meilleurs délais leurs législations aux dispositions de la LMI.

#### **E. 11**

Cela montre, si besoin était, qu'une politique de dérégulation doit non seulement être voulue, mais être imposée par les pouvoirs publics. D'où le paradoxe que plus l'Etat est doté d'un réel pouvoir d'intervention, plus les marchés sont susceptibles de fonctionner sans entraves.

5612 Motion Le Conseil fédéral est chargé de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) qui permette de donner à la Commission de la concurrence un droit de recours contre toutes les formes de restrictions de droit public à la liberté d'accès au marché visées à l'art. 9, al. 1, LMI. Motion Le Conseil fédéral est chargé de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) qui permette à la Commission de la concurrence d'être entendue par le Tribunal fédéral dans les procédures qui touchent à l'application de cette loi. Postulat Le Conseil fédéral est chargé d'étudier l'opportunité de créer un droit de recours pour les associations de défense des consommateurs visant à une application plus efficace de la loi sur le marché intérieur (LMI).

#### **E. 12**

Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 I 775. Voir aussi le rapport du Conseil fédéral du 13 juin 1994 sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché, FF 1994 III 1360.

#### **E. 13**

Cf. considérant 5 ee) de l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 juin 1999 (ATF 125 I 276): «Face à cette opposition entre marché intérieur et fédéralisme, face, d'autre part, à la nécessité de parvenir à un équilibre entre les deux, on peut supposer que c'est sciemment que le législateur a choisi une solution qui permette qu'aucun de ces deux principes ne soit entièrement vidé de son contenu. Aussi serait-il sans doute erroné de privilégier une interprétation qui, en s'écartant du strict libellé de la loi, se traduirait par le renforcement de l'un au détriment de l'autre.» (traduction de l'allemand)

#### **E. 14**

Rapport du Tribunal fédéral sur sa gestion en 1999, du 15 février 2000, page 9.

5614 La retenue dont a fait preuve le Tribunal fédéral est d'autant plus compréhensible lorsque que l'on sait d'une part que la LMI a fait l'objet de délicates négociations entre le Conseil fédéral, le Parlement et les cantons et que d'autre part certaines restrictions

cantoniales sont le résultat de décisions populaires.

#### **E. 15**

ATF 118 Ia 410, ATF 111 Ia 214 Schibler, ATF 116 Ia 382 Felber

#### **E. 16**

Cf. l'art. 6, al. 1, LMI, qui interdit la discrimination à rebours par suite d'accords internationaux.

#### **E. 17**

Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats; LLCA); FF 1999 5331.

#### **E. 18**

Message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT); FF 1999 3151.

5615 4 Suite des travaux La Commission de gestion prie le Conseil fédéral de lui faire connaître jusqu'à fin 2000 la suite qu'il entend donner à ce rapport et aux mesures qu'il propose. 27 juin 2000 Au nom de la sous-commission DFF/DFE: La présidente, Brigitta M. Gadiant, conseillère nationale Le secrétaire des Commissions de gestion, Philippe Schwab Au nom de la Commission de gestion: Le président, Rudolf Imhof, conseiller national Annexe Rapport final de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration «Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?», du 11 février 2000.

5616 Annexe Evaluation: Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse? Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 11 février 2000 Rapport L'essentiel en bref – Même si certaines dérégulations ont pu être constatées dans quelques branches, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) n'a, jusqu'à présent, pas entraîné d'ouverture importante de ce dernier. Des libéralisations ponctuelles découlant explicitement de la LMI ont eu lieu pour l'exercice de la pharmacie et de la profession d'avocat uniquement. Dans ces domaines cependant, les barrières empêchant l'accès au marché qui ont été supprimées étaient d'importance plutôt réduite. – En revanche, la LMI n'a pas permis de réduire les barrières importantes. Les branches qui étaient fortement segmentées avant l'entrée en vigueur de la LMI le sont encore aujourd'hui. Aucun renforcement de la concurrence et aucun effet sur les prix du fait de la LMI n'ont pu être constatés. Les effets restreints de la LMI découlent des trois facteurs suivants: 1. La jurisprudence du Tribunal fédéral a privilégié une interprétation fédéraliste de la loi. Elle exclut la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI et limite la reconnaissance des diplômes aux certificats de capacité suisses. Les effets potentiels de la LMI ont ainsi été fortement limités. 2. La LMI elle-même prévoit déjà des restrictions à la liberté d'accès au marché. Ces dernières se trouvent encore renforcées par l'attitude du Tribunal fédéral qui est favorable à la souveraineté cantonale. Lorsque les conditions prévalant dans une branche (l'étendue de la protection des intérêts publics, p. ex.) varient d'un canton à l'autre, ces derniers peuvent, sous certaines conditions (notamment la préservation d'intérêts publics prépondérants et le respect du principe de la proportionnalité), s'opposer à l'ouverture du marché. C'est justement pour cette raison que la LMI ne déploie pas d'effets dans les domaines caractérisés par des barrières importantes du point de vue des échanges intercantonaux. 3. Ce sont les voies de droit prévues à l'art. 9

LMI qui constituent le moteur de la mise en œuvre de la LMI. Les avantages attendus en cas de succès d'un recours ne sont cependant pas à la hauteur des frais que

5617 peut entraîner une telle procédure. Les dépôts de recours sont donc rares, ce qui n'incite guère les cantons à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives à la LMI. 1 Introduction La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est en vigueur depuis le 1er juillet 1996. Elle a pour but direct de créer un marché intérieur englobant l'intégralité du territoire suisse pour les marchandises, les services, les personnes et les capitaux. Indirectement, il s'agit d'accroître la compétitivité de l'économie suisse et d'améliorer sa position concurrentielle. Avec la loi sur les cartels, la loi fédérale sur les marchés publics et la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce, la LMI constitue un important paquet de mesures du Conseil fédéral pour revitaliser l'économie suisse<sup>19</sup>. La loi fédérale sur le marché intérieur a pour but de réduire les entraves à la concurrence de droit public<sup>20</sup> de même que les barrières à la mobilité. Les résultats ainsi recherchés sont l'amélioration des conditions de concurrence ainsi qu'un gain d'efficacité. Les entraves à la concurrence découlent principalement des différences entre les réglementations cantonales et communales. Pour des offreurs de l'extérieur, ces réglementations différentes constituent des barrières susceptibles de les empêcher d'accéder au marché ou du moins de leur en rendre l'accès plus difficile. Par conséquent, la LMI concerne principalement les législations cantonales et communales. En tant que loi-cadre, elle ne prévoit toutefois pas de réaliser une harmonisation du droit. Elle se limite à fixer des principes qui sont nécessaires pour garantir l'accès au marché. L'évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA), intitulée «Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?», a pour but d'examiner les effets de la LMI au niveau économique et juridique. Cette évaluation est axée sur la libre prestation de services et la libre circulation des personnes, deux domaines qui avaient été qualifiés de problématiques avant même la mise en projet de la LMI. Le domaine des soumissions a été exclu de la présente évaluation d'une part parce qu'il ne tombe que partiellement sous le coup de la LMI et, d'autre part, parce que la Commission de gestion du Conseil national a l'intention de l'examiner séparément. Le présent rapport final est une vue d'ensemble des résultats de l'examen. Les résultats détaillés et les explications méthodologiques de l'examen se trouvent dans le rapport de travail (en langue allemande uniquement).

## **E. 19**

Cette revitalisation de l'économie suisse, comme elle est communément appelée, doit être mise en rapport avec le rejet de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) par le peuple et les cantons (6 décembre 1992). Hauser, qui a évalué les avantages potentiels dont la Suisse profiterait au sein de l'EEE, a souligné que deux tiers de ces avantages pourraient également être réalisés au moyen d'une libéralisation du marché intérieur, même si la Suisse faisait cavalier seul. Voir Hauser, Heinz / Sven Bradke, 1991: EWR- Vertrag, EG-Beitritt, Alleingang: Wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz. Coire: Rüegger Verlag.

## **E. 20**

Les barrières à la concurrence ressortissant du droit privé tombent sous le coup de la nouvelle loi sur les cartels et non de la LMI.

5618 2 Situation actuelle sur le marché intérieur suisse Différentes professions sont fortement réglementées au niveau cantonal. Les grandes disparités de ces réglementations

cantonales sont à l'origine d'entraves qui limitent la mobilité professionnelle et font obstacle à la concurrence. Avant l'entrée en vigueur de la LMI, des entraves ont été constatées principalement dans les branches suivantes: professions médicales<sup>21</sup>, profession d'avocat, profession d'installateur sanitaire, profession d'opticien, services de taxi, branche des cafetier-restaurateurs, professions itinérantes et profession de régisseur et de courtier en immeubles. L'OPCA a examiné la situation de ces huit branches du point de vue de leur réglementation. Lorsque les différences entre les réglementations cantonales ont nettement diminué, il est possible d'en déduire qu'il s'agit d'une évolution positive du marché intérieur. Idéalement, la réduction de la réglementation devrait augmenter la mobilité des offreurs et dynamiser la concurrence. Lorsque la réglementation n'a que peu, voire pas du tout changé, il est possible de conclure que l'effet de la LMI sur la branche correspondante est faible. Les résultats de l'analyse de la situation de chaque branche sont présentés de manière détaillée dans le rapport de travail.

### **E. 21**

Les professions médicales libérales, les professions paramédicales et les professions dans le domaine des thérapies naturelles.

### **E. 22**

ATF 125 I 474 du 1er octobre 1999.

5619 En ce qui concerne la profession d'avocat, il a été également possible de constater que la LMI a eu un effet concret allant dans le sens d'une ouverture du marché. Les procédures d'autorisation pour les avocats extérieurs au canton ont été simplifiées et sont devenues gratuites. Une autorisation – même si elle n'est que formelle – peut cependant encore être requise pour l'exercice de la profession hors du canton de provenance. La réduction de cette entrave découle du fait qu'à trois reprises, des avocats ont déposé un recours de droit public pour violation de la liberté du commerce et de l'industrie et du libre accès au marché et que le Tribunal fédéral leur a donné raison<sup>23</sup>. Force est toutefois de constater que dans ces deux professions, les barrières éliminées constituaient des obstacles plutôt insignifiants. A l'exception de la vente par correspondance de médicaments, les effets économiques de ces changements sont plutôt de moindre importance. Jusqu'à présent, il n'a pas été possible de constater d'intensification de la concurrence ou d'effet sur les prix. Les études par branche montrent en outre clairement que la profession d'avocat et les professions médicales libérales demeurent soumises à des réglementations fortes (prix imposés fixes par les autorités ou les assureurs maladie, p. ex.). Ces réglementations ne jouent souvent aucun rôle du point de vue du marché intérieur. Toutefois, il faut également tenir compte de la densité normative persistante qui a probablement limité les effets économiques de la LMI.

### **E. 23**

ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, 125 II 56 du 31 août 1998 et 125 II 406 du 9 juillet 1999.

5620 toutefois pas être distingués de ceux découlant de la dynamique de libéralisation générale. Dans la pratique, ces branches sont encore confrontées à des réglementations cantonales. Les conditions matérielles régissant l'octroi d'autorisations, par exemple, peuvent encore varier considérablement d'un canton à l'autre. Actuellement, un certain nombre de problèmes subsistent encore au niveau du marché intérieur, mais leur portée est plutôt limitée. En revanche, il n'a pas été possible d'observer de renforcement de la concurrence ou d'effet sur les prix du fait de l'introduction de la LMI.

**E. 24**

ATF 125 I 322 du 4 juin 1999.

**E. 25**

Conseil fédéral, 1994: Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur; FF 1995 I 1199.

5622

**E. 26**

ATF 125 I 267 du 4 mai 1999, 125 I 322 du 4 juin 1999, 125 I 276 du 14 juin 1999 et ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999.

**E. 27**

ATF 125 I 322 du 4 juin 1999.

**E. 28**

ATF 125 I 267 du 4 mai 1999.

5623 En insistant dans sa jurisprudence sur les compétences cantonales, le Tribunal fédéral a nettement restreint le champ d'application de la LMI. Le potentiel d'ouverture du marché qu'elle contient n'a pas été exploité. Le but mentionné à l'art. 1 LMI ne peut par conséquent pas être atteint. En effet, la pratique juridique du Tribunal fédéral ne permet pas à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse d'accéder librement et de manière non discriminatoire au marché afin de pouvoir exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Aussi, de nombreuses barrières limitant la mobilité professionnelle et les échanges économiques subsistent-elles encore.

**E. 29**

ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, 125 II 56 du 31 août 1998, 125 II 406 du 9 juillet 1999 et ATF 125 I 474 du 1er octobre 1999.

5624 pose pas avec autant d'acuité que, par exemple, pour les installateurs sanitaires; à ce jour, ces derniers n'ont encore été à l'origine d'aucun recours devant les tribunaux. Ainsi, les améliorations apportées au marché intérieur suisse par la jurisprudence du Tribunal fédéral le sont «au coup par coup», c'est-à-dire ponctuellement, dans un secteur isolé. Pour cette raison, elles touchent les diverses branches de manière très différente. Déjà affaiblie par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la LMI est mise en application selon un processus lent et non coordonné au lieu d'aller droit au but en suivant une stratégie cohérente.

**E. 30**

Conseil fédéral, 1994 : Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur; FF 1995 I 1201.

5626 Dans la pratique, l'application des quelques éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui favorisent la mise en place d'un marché intérieur s'avère également problématique. Cela provient avant tout du fait que la mise en œuvre de la LMI se fonde pour l'essentiel sur des voies de droit. Les avantages attendus en cas de succès d'un recours ne sont pas à la hauteur des frais qui découlent d'une telle procédure. Les recours font défaut, ce qui n'incite guère les cantons à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives à la LMI.

5627 Abréviations ATF Arrêt du Tribunal fédéral CDS Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires Comco Commission de la concurrence cst. 1874 Constitution fédérale de la Confédération suisse de 1874 FF Feuille fédérale LMI Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02) OPCA Organe parlementaire de contrôle de l'administration RS Répertoire systématique du droit fédéral

5628 Réalisation de la recherche: Responsable du projet: Serge Zogg, dipl. postgrade en sc. pol., OPCA Analyse économique: Brigitte Guggisberg, Dr rer. pol., OPCA Recherche des adaptations législatives cantonales: Jean-Luc Gassmann, lic. iur., not., Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg Secrétariat: Hedwig Heinis, OPCA L'OPCA remercie le secrétariat de la Commission de la concurrence pour l'excellente collaboration ainsi que tous les partenaires de discussion pour la disponibilité dont ils ont bien voulu faire preuve lors des entretiens. Remarque: Les désignations des professions utilisées dans le présent rapport s'appliquent aux personnes des deux sexes.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 27 juin 2000 établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlement... In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2000 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 50 Cahier Numero Geschäftsnummer --- Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 19.12.2000 Date Data Seite 5603-5628 Page Pagina Ref. No 10 125 035 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.