

VD_OMNI GE.2022.0275 vom 14. August 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-08-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2022.0275

FR: VD_OMNI GE.2022.0275 du 14 août 2023

IT: VD_OMNI GE.2022.0275 del 14 agosto 2023

Regeste

A. _____ et B. _____ /Département de la santé et de l'action sociale, COMMISSION DE LA CONCURRENCE COMCO | Recours contre la décision du DSAS rejetant une demande d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation d'une organisation de soins à domicile (OSAD) en faveur de la recourante 1. Objet de la contestation portant également sur l'examen de l'octroi en faveur de la recourante 2 de l'autorisation d'exploiter dite OSAD au regard de la LMI. Preuve apportée que l'exploitation d'une OSAD est licite dans le canton de provenance de la recourante 2, si bien que l'autorité intimée ne pouvait restreindre le libre accès au marché que pour préserver un intérêt public prépondérant aux conditions de l'art. 3 LMI. Conditions non réalisées en l'espèce. L'autorité intimée ne pouvait pas sans violer le droit fédéral exiger de la recourante 2 qu'elle dispose d'une personne au bénéfice d'une autorisation de diriger conformément à la réglementation du canton de Vaud. Annulation de la décision contestée et renvoi de la cause à l'autorité intimée afin qu'elle octroie l'autorisation d'exploiter une OSAD.

Erwägungen

E. 1

a) La recourante 1, destinataire de la décision attaquée de refus d'autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation, est directement atteinte par celle-ci. Il en va de même pour la recourante 2, qui a déposé la demande initiale d'autorisation d'exploiter une OSAD et dont l'une des conditions d'octroi est l'obtention de la première autorisation citée. Certes, l'art. 74 al. 1 let. a de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) requiert que la personne recourante ait pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ait été privée de la possibilité de le faire. Il apparaît toutefois clairement que la recourante 1 a déposé la demande d'autorisation de diriger en cause dans le but de permettre l'octroi de l'autorisation d'exploitation à la recourante 2 et on ne pouvait pas attendre de cette dernière qu'elle intervienne au stade du dépôt de la demande d'autorisation de diriger. Dans les présentes circonstances, il convient de reconnaître la qualité pour recourir également à la recourante 2. Retenir le contraire relèverait du formalisme excessif. b) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. Le juge n'entre donc pas en matière, sauf exception, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 144 II 359 consid. 4.3; arrêt CDAP FI.2022.0041 du 26 janvier 2023 consid. 2a). En l'occurrence, la décision attaquée refuse d'octroyer à la recourante 1 une autorisation de diriger en qualité de responsable d'exploitation. Elle ne porte pas (directement) sur la demande d'autorisation

d'exploitation d'une OSAD déposée par la recourante 2. En lien avec l'objet de la contestation, il se pose dès lors la question de la recevabilité de la conclusion des recourantes liée à cette dernière autorisation. La présente situation a toutefois ceci de particulier, que le litige porte en premier lieu sur la question de savoir si l'autorité intimée pouvait, sans violer le droit fédéral, procéder à l'examen des critères professionnels et personnels d'autorisation et, en particulier, exiger de la recourante 2 qu'elle dispose d'une personne au bénéfice d'une autorisation de diriger conformément à la réglementation du canton de Vaud. Cette question concerne donc implicitement l'examen des conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter une OSAD au regard de la LMI. Dans la décision attaquée, le DSAS retient d'ailleurs que "les conditions posées aux art. 147 al. 1 let. a LSP [loi cantonale du 29 mai 1985 sur la santé publique; BLV 800.01] et 148 al. 1 let. a LSP étant interdépendantes, l'autorisation d'exploiter pourra lui être délivrée lorsque le dossier de [la recourante 1] répondra aux conditions pour se voir délivrer l'autorisation de diriger" (ch. II/4.10). Cette formulation met en lumière le lien direct entre l'autorisation de diriger et celle d'exploiter en cause. Dès lors, dans les présentes circonstances, il faut admettre que l'objet de la contestation porte également sur la question de l'octroi d'une autorisation d'exploiter une OSAD. La conclusion s'y référant est partant recevable. Sur le vu de l'issue du litige, une telle approche se justifie également sous l'angle de l'économie de la procédure (cf. infra consid. 4). c) Au surplus, dirigé contre une décision rendue par une autorité administrative qui n'est pas susceptible de recours devant une autre autorité et déposé dans le délai légal, le recours satisfait aux autres exigences formelles posées par la loi si bien qu'il convient d'entrer en matière (art. 75, 79, 92, 95 et 99 LPA-VD).

E. 2

a) Les recourantes se plaignent d'une violation de la liberté d'accès au marché, en invoquant l'art. 2 LMI. Elles mettent en avant que d'autres cantons ont autorisé la recourante 1 à diriger une OSAD et la recourante 2 à exploiter une telle organisation. b) L'art. 1 al. 1 LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références citées). Des restrictions sont possibles aux conditions de l'art. 3 LMI. Toutefois, l'équivalence des réglementations cantonales et communales sur l'accès au marché est présumée (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références citées). Il appartient à l'autorité de destination de renverser la présomption d'équivalence (arrêt TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4; cf. également la recommandation de la COMCO du 27 mai 2019 sur les professions de la santé [ci-après: recommandation sur les professions de la santé] n° 8). L'existence de conditions d'autorisation différentes ou plus strictes dans le canton de destination que celles applicables dans le canton de provenance ne suffit pas en soi à renverser la présomption d'équivalence; il faut établir que la réglementation du premier canton ne suffit pas à protéger l'intérêt public visé (ATF 135 II 12 consid. 2.4; recommandation sur les professions de la santé n° 8). Tant que la présomption n'est pas levée, les intérêts publics prépondérants doivent être considérés comme étant suffisamment protégés par le biais de l'art. 3 al. 2 let. a LMI (arrêt TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4) et le canton de provenance ne peut pas procéder à "une nouvelle procédure

d'admission", par exemple en vérifiant (à nouveau) les compétences professionnelles du requérant, sauf si des indices concrets devaient révéler que les conditions d'octroi n'ont jamais été respectées dans le canton de provenance ou qu'elles ne le seraient plus depuis lors (ATF 135 II 12 consid. 2.4; recommandation sur les professions de la santé n° 9). c) La LMI vise ainsi à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes. Elle pose le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, qui est qualifié par la doctrine de "pierre angulaire" de la LMI. Cette volonté de garantir le libre accès au marché a été renforcée par la modification de la LMI du 16 décembre 2005, au travers de laquelle le législateur a tenu, en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, à consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme (ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références). Le droit du lieu de provenance est le droit applicable au territoire d'où la marchandise, le service ou la prestation de travail proviennent. Il se confond avec le droit où l'offreur externe a son siège ou son établissement (art. 1 et 2 al. 3 LMI; arrêt TF 2C_84/2019 du 20 septembre 2019 consid. 5.1; Manuel Bianchi Della Porta, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2 e éd. 2013, n° 91 s. ad art. 1 LMI). d) Dans la décision attaquée, le DSAS relève que la LSP impose que le responsable de l'OSAD soit au bénéfice d'une autorisation de diriger (art. 148 al. 4 LSP) et qu'il s'agit donc d'un "prérequis avant de pouvoir aspirer à bénéficier d'une autorisation d'exploiter une [OSAD]". Il ajoute que l'exigence de disposer d'un responsable au bénéfice d'une formation certifiante repose sur les art. 148 et 149 LSP, 9 du règlement du 16 juin 2021 sur les organisations d'aide et de soins à domicile (ROSAD; BLV 801.15.1) et 1 de la Directive du 1er juillet 2021 sur les organisations d'aide et de soins à domicile (Directive OSAD). Cette exigence est selon lui fondée sur des motifs de sécurité sanitaire impérieux. En substance, le DSAS estime que les conditions de l'art. 3 al. 1 LMI sont remplies dès lors que cette exigence s'applique aux offreurs locaux et qu'elle est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecte le principe de la proportionnalité. Le DSAS indique que "le fait que l'intéressée ait été autorisée à des titres divers et que des autorisations d'exploiter aient été délivrées par d'autres cantons ne libère pas le canton de Vaud de son obligation de s'assurer que cette personne remplit les exigences requises par le droit fédéral et la législation vaudoise sur la santé". Il relève notamment qu'une OSAD exerçant sur le territoire de plusieurs cantons doit garantir qu'elle dispose du personnel en suffisance pour déployer son activité dans le canton de Vaud, en particulier s'agissant des postes de responsables. Le DSAS estime qu'il ne peut pas renoncer à un tel contrôle, au risque de mettre en danger la qualité des soins prodigués et la sécurité des patients. e) Dans son expertise du 30 janvier 2023, la COMCO relève que l'accès au marché des OSAD n'est pas réglementé au niveau fédéral et que le présent cas, qui concerne une demande d'accès au marché intercantonal, tombe dans le champ d'application de la LMI. Selon lui, l'autorité précédente a violé cette loi, en appliquant à tort le droit cantonal vaudois comme dans le cas d'une première autorisation intracantonale. En outre, la COMCO reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir tenu compte de la LMI et de ne pas avoir évalué correctement les critères pour restreindre l'accès au marché, ni démontré leur existence. La COMCO considère que les recourantes bénéficient d'un droit d'accès au marché vaudois au sens de l'art. 2 al. 1 et 3 LMI du moment qu'elles exercent de manière licite leur profession, entre autres, dans le canton de Bâle-Ville. Selon elle, l'autorité précédente aurait dû renverser la présomption d'équivalence établie à l'art. 2 al. 5 LMI et, ensuite, procéder à un examen des conditions posées à l'art. 3 LMI, ce qui n'a pas été fait dans la décision attaquée du 14 octobre 2022.

E. 3

a) En l'occurrence, B. _____ a son siège en Suisse et se prévaut d'une autorisation d'exploiter une OSAD obtenue dans un autre canton pour exercer cette activité lucrative dans le canton de Vaud. La présente cause tombe dans le champ d'application aussi bien personnel que matériel et spatial de la LMI (art. 1 LMI; Manuel Bianchi Della Porta, op. cit., n° 94 ss ad art. 1 LMI). L'autorité précédente et la COMCO relèvent à raison que le marché des OSAD n'est pas réglementé au niveau fédéral. Une autre loi fédérale n'entre donc pas en conflit avec l'application de la LMI. Il en irait autrement si la question de l'exercice de la profession d'infirmière faisait l'objet du litige (cf. loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les professions de la santé [LPSan; RS 811.21]; Yves Donzallaz, *Traité de droit médical*, vol. II, 2021, n° 2707 ss), ce qui n'est en l'occurrence pas le cas. Par ailleurs et contrairement à ce que semble retenir le DSAS, l'intérêt public de la santé publique ne s'oppose pas à l'application de la LMI. Il peut en revanche justifier une restriction à l'accès au marché en application de l'art. 3 LMI. Enfin, on peut également relever que la LMI prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.). La recourante 2 est au bénéfice d'une autorisation d'exploiter une OSAD délivrée par le canton de Bâle-Ville le 19 février 2020. Cette décision désignait C. _____ comme personne responsable des soins. Les 7 décembre 2020 et 25 février 2021, le canton de Bâle-Ville a modifié cette décision en indiquant A. _____ comme nouvelle personne responsable des soins, avec effet au 1er octobre 2020. Sur la base de l'autorisation précitée du 19 février 2020, la recourante 2 a aussi reçu des autorisations d'exploiter notamment des cantons de Neuchâtel le 27 juillet 2020, de Thurgovie le 1er avril 2021, fondées sur l'art 2 al. 4 LMI (cf. décision du Département des finances et des affaires sociales du canton de Thurgovie du 2 septembre 2021 ch. 1.2) et du Valais le 19 janvier 2022 (autorisation provisoire). b) Il découle de ce qui précède que la recourante 2 a établi que l'activité qu'elle souhaite exercer dans le canton de Vaud est licite dans le canton où elle a son siège. Certes, le cas d'espèce a ceci de particulier que le canton de Bâle-Ville, qui est le premier canton à l'avoir autorisé à exploiter une OSAD, n'est pas le canton dans lequel elle a son siège. Toutefois, cette particularité ne saurait jouer en défaveur de la recourante 2. En effet, l'autorisation accordée par le canton de Thurgovie, fondée sur la LMI, confirme que l'exploitation de l'OSAD est dans ce canton licite, que les réglementations bâloises, thurgoviennes peuvent être présumées équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et qu'il n'existait pas de motif de restreindre l'accès au marché (art. 3 LMI). Une telle approche est en outre conforme avec les buts de la LMI qui visent à garantir un accès libre au marché intérieur Suisse. La recourante 2 a ainsi prouvé que l'exploitation d'une OSAD était licite dans son canton d'origine. Le DSAS ne pouvait donc restreindre son libre accès au marché que pour préserver un intérêt public prépondérant aux conditions de l'art. 3 LMI.

E. 4

En l'espèce, il ressort de la décision de Bâle-Ville du 19 février 2020 et du droit cantonal auquel elle renvoie (§ 36 al. 2 et 38 Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Stadt du 21 septembre 2011 [GesG; RS-BS 300.100] et §§ 11 à 14 Verordnung über die Fachpersonen und Betriebe im Gesundheitswesen du 6 décembre 2011 [Bevolligungsverordnung; RS-BS 310.120]) que le canton de Bâle-Ville, contrairement au canton de Vaud, ne prévoit pas l'exigence de disposer d'une personne responsable qui soit au bénéfice d'une autorisation de diriger. Cette exigence doit ainsi être considérée comme une condition nouvelle au sens de l'art. 3 al. 1 LMI. Comme déjà mentionné, il incombait alors au DSAS de démontrer que le

respect de cette condition était justifié par un intérêt public prépondérant (art. 3 al. 1 let. b et c et al. 2 LMI; Manuel Bianchi Della Porta, op. cit., n° 33 ad art. 2 I-VI LMI) et d'établir en particulier que la protection du droit du lieu de provenance était insuffisante (art. 3 al. 2 let. a LMI) et que l'expérience acquise par les recourantes sur le lieu de provenance n'offrait pas une protection suffisante des intérêts publics en cause (art. 3 al. 2 let. d LMI; Manuel Bianchi Della Porta, op. cit., n° 39 et 41 ad art. 3 LMI). Or, dans le cas présent, le DSAS se réfère à la réglementation du canton de Vaud, en particulier aux règles qui imposent l'existence d'une personne titulaire d'une autorisation de diriger. Contrairement à ce que prévoit la LMI, il n'examine pas la réglementation du canton de Bâle-Ville, voire celle du canton de Thurgovie et se contente d'indiquer qu'il existerait "de grandes différences entre la Suisse romande et la Suisse alémanique en matière de politique sanitaire et d'exigences à respecter par les fournisseurs de prestations pour s'y conformer". Il ne présente pas non plus d'indices permettant de retenir que les conditions d'octroi du lieu de provenance ne seraient pas ou plus respectées. Le DSAS invoque certes la protection de la santé publique, qui est indéniablement un intérêt public prépondérant (ATF 135 II 12 consid. 2.4; Manuel Bianchi della Porta, op. cit., n° 13 et 18 s. ad art. 3 LMI), mais il ne démontre pas en quoi la réglementation du canton de provenance ne permettrait pas d'assurer la garantie de cet intérêt, comme l'impose l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Il n'explique pas non plus, et on ne voit pas pour quel motif, une autorisation de diriger, aux conditions des art. 148 et 149 LSP, 9 ROSAD et 1 Directive OSAD, serait indispensable à la sauvegarde des intérêts publics qu'il mentionne en lien avec la santé publique (assurer la qualité des soins et la sécurité des patients). Enfin, le DSAS ne saurait se prévaloir de considérations liées à la politique économique pour justifier une restriction à l'accès au marché, que ce soit sous l'angle de la LMI (Manuel Bianchi Della Porta, op. cit., n° 31 ad art. 3 LMI) ou sous celui de la liberté économique (art. 27 Cst.; arrêt TF 2C_441/2015 du 11 janvier 2016 consid. 7.1.1). Dans ces circonstances, le DSAS ne pouvait pas s'opposer à l'octroi d'une autorisation d'exploiter, ni requérir une autorisation de diriger comme condition supplémentaire au sens de l'art. 3 al. 1 LMI. En outre, la recourante 2 exploite déjà des OSAD dans d'autres cantons, dans celui de Bâle-Ville depuis 2020, avec la recourante 1 comme responsable des soins. Les recourantes disposent ainsi d'une expérience dans la gestion d'une OSAD depuis 2020, dans divers canton (y compris dans des cantons romands), et l'autorité précédente n'expose pas en quoi les expériences accumulées par celles-ci ne permettraient pas de protéger suffisamment l'intérêt public en cause. On relèvera par ailleurs que le DSAS ne remet pas en question les compétences de la recourante 1, qui est au bénéfice d'une autorisation d'exercer la profession d'infirmière délivrée le 19 janvier 2021 par le canton de Bâle-Ville, conformément à la LPSan et à la Bewilligungsverordnung du canton de Bâle-Ville, pour officier en tant que responsable des soins. Sur le vu de ces éléments, l'exigence d'être titulaire d'une autorisation de diriger ne respecte pas non plus le principe de la proportionnalité (cf. art. 3 al. 2 let. d LMI).

E. 5

Comme le relève la COMCO, le fait que le domaine de la santé et en particulier le domaine libéral des OSAD reste soumis aux principes de la liberté d'accès au marché ne signifie pas que la protection de la santé publique ne peut être prise en considération une fois l'accès au marché autorisé. Une autorisation d'exploiter fondée sur la LMI ne s'oppose en particulier pas à la vérification du respect des conditions d'octroi (au sens de la législation du canton de provenance) et du bon fonctionnement de l'institution en cours d'exercice.

E. 6

Le DSAS se réfère en vain aux règles concernant l'admission des fournisseurs de prestation de pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (cf. art. 35 al. 2 let. e et 36 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal; RS 832.10]; art. 51, 58a s. de l'ordonnance fédérale du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie [OAMal; RS 832.102; art. 143g al. 2 LSP). En effet, comme le relève la COMCO dans son expertise, ces règles ne concernent pas l'accès au marché et portent sur une procédure distincte.

E. 7

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision du 14 octobre 2022 annulée. La cause sera renvoyée à l'autorité précédente afin qu'elle prononce une autorisation d'exploiter une OSAD en faveur de la recourante 2. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les autres griefs des recourantes. En particulier, leur grief portant sur une violation du devoir de célérité imposé par l'art. 3 al. 4 LMI n'a pas à être tranché, les recourantes ne présentant pas de conclusion en lien avec cette violation. L'arrêt est rendu sans frais. Les recourantes, assistées par un mandataire professionnel, ont droit à des dépens (art. 49, 52 al. 1, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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