

# VD\_OMNI GE.2023.0214 vom 26. Juli 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-07-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2023.0214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2023.0214)

FR: VD\_OMNI GE.2023.0214 du 26 juillet 2024

IT: VD\_OMNI GE.2023.0214 del 26 luglio 2024

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ /Département de la santé et de l'action sociale, COMMISSION DE LA CONCURRENCE COMCO | Recours contre la décision du Département de la santé et de l'action sociale refusant une demande d'autorisation d'exploiter une organisation de soins à domicile (OSAD). La société requérante a obtenu une telle autorisation dans le canton de Zurich, où elle a son siège. Elle est ainsi habilitée à se prévaloir de la LMI. Les réglementations cantonales sur l'accès au marché bénéficient d'une présomption d'équivalence. Un renversement de cette présomption ne peut être admis que de manière très restrictive, y compris dans le domaine des professions de la santé. En l'espèce, les niveaux d'exigence posés par les deux cantons à l'égard des OSAD ne sont pas à ce point différents que l'on puisse considérer que la présomption d'équivalence a été renversée (c. 3 et 4). Par surabondance, les restrictions posées par l'autorité intimée (localisation de la recourante sur le sol vaudois avec des locaux effectifs, conditions de travail conformes aux règles de la convention collective) ne sont de toute façon pas conformes à l'art. 3 LMI (c. 5). Recours admis et réforme de la décision attaquée en ce sens que la demande d'autorisation d'exploiter, fondée sur la LMI, est admise. Recours au TF rejeté le 15 juillet 2025 (2C\_459/2024).

## Erwägungen

### E. 1

a) La décision attaquée constitue une restriction d'accès au marché intérieur, au sens de l'art. 9 al. 1 LMI, de sorte qu'elle est susceptible d'une voie de recours au moins devant une autorité indépendante de l'administration, voie que le droit cantonal doit mettre en place (art. 9 al. 2 LMI; à ce sujet, voir Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2 e éd. 2023, n. 40 ss et 66 ss ad art. 9 LMI). Par autorité indépendante, il faut comprendre une autorité juridictionnelle cantonale (Poltier/Clerc, op. cit., n. 66 ad. art. 9 LMI) ; cela étant, la décision ici en cause, qui n'est pas susceptible de recours devant une autre autorité, peut être contestée devant la CDAP, étant précisé que le présent recours satisfait aux différentes exigences formelles posées par la loi, de sorte qu'il convient d'entrer en matière (art. 75, 79, 92, 95 et 99 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; LPA-VD; BLV 173.36). On note en particulier que la société recourante, qui s'est vu dénier l'accès au marché, se prévaut à juste titre d'un intérêt digne de protection à la modification de l'acte querellé. b) Il convient de souligner ici que le litige ne concerne que le droit d'accès au marché vaudois sur la base de la LMI (dans cette mesure, la configuration du cas d'espèce se rapproche de celle de l'arrêt de la CDAP GE.2022.0275 du 14 août 2022 consid. 6 notamment). En d'autres termes, la question de l'application ou non de la législation sur l'assurance maladie à la recourante, plus spécialement de son admission en tant que fournisseur de prestations admis à œuvrer à la

charge de l'assurance obligatoire des soins n'est pas pertinente – même si cette question est sous-jacente dans le cadre du présent dossier ( sur cette question, il convient de citer ici le régime mis en place par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie [LAMal; RS 832.10], spécialement son art. 35, complété, s'agissant des OSAD, par l'art. 51 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance maladie [OAMal; RS 832.102]). En effet, l'autorité intimée a fait valoir à plusieurs reprises, dans le cadre de la présente procédure, le régime prévalant en application de cette législation et notamment les conditions posées par l'art. 51 OAMal à l'admission des OSAD comme fournisseurs de prestations; cet aspect n'a toutefois pas à être examiné ici. On relève toutefois que la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé a émis une prise de position à ce sujet en date du 26 janvier 2023, plus précisément s'agissant des OSAD s'appuyant sur le concours de proches aidants: aux termes de celle-ci, la Conférence renonce à formuler des directives ou des recommandations sur l'admission des OSAD pratiquant ce modèle d'affaires; autrement dit, elle laisse ce type de décision à l'appréciation des cantons. On se bornera à signaler encore à ce sujet que le Tribunal fédéral a admis la possibilité de facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins les prestations correspondant à des soins de base dispensés par des proches aidants au service d'une OSAD (ATF 145 V 161 consid. 5). Cette question et plus généralement les conditions d'admission de cette pratique à la charge de l'assurance obligatoire des soins sont d'ailleurs fortement débattues au Parlement fédéral (on se réfère ici, notamment, à la motion Thomas Rechsteiner, Curia vista , objet n° 23.3191).

## **E. 2**

Le débat, dans le cas d'espèce, n'a donc trait qu'à l'application de la LMI. Il convient ainsi de rappeler le cadre légal tracé par cette législation. a) 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 (art. 2 al. 5 LMI; ATF 141 II 280 consid. 5.1 et les références citées). Il appartient à l'autorité de destination de renverser la présomption d'équivalence (TF 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4; cf. également la Recommandation de la COMCO du 27 mai 2019 sur l'exécution de la loi fédérale sur les professions de la santé conforme à la législation sur le marché intérieur [ci-après: Recommandation de la COMCO 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 (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). b) 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; 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). c) Au vu des moyens soulevés par les parties, il convient d'examiner de plus près successivement plusieurs questions: tout d'abord il y a lieu de vérifier que la LMI est bien applicable (ci-après: consid. 3), étant précisé que les parties paraissent admettre que tel est le cas. L'étape suivante consiste à examiner l'équivalence des réglementations zurichoises et vaudoises et plus précisément si l'autorité vaudoise est parvenue à démontrer que la première de ces réglementations n'était pas équivalente à la seconde, réussissant à renverser la présomption légale de l'art. 2 al. 5 LMI (consid. 4). Enfin, pour autant qu'une réponse positive puisse être donnée à la question précédente, l'examen doit porter encore sur l'admissibilité des restrictions prévues par la décision attaquée pour l'exploitation d'une OSAD dans le canton de Vaud (consid. 5).

### **E. 3**

A teneur de l'art. 1 LMI, cette loi s'applique à l'exercice d'une activité lucrative privée; la loi ne prévoit d'exception que pour les activités de nature régaliennne (selon le texte allemand "hoheitlich"). Cela étant, l'exercice d'une pratique libérale dans le domaine de la santé relève clairement de la LMI; il en va ainsi tout particulièrement des professions de la santé qui ne sont pas réglementées au niveau fédéral (voir à ce propos la Recommandation de la COMCO précitée; voir aussi Nicolas Diebold, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, n. 1298 ss, lequel cite de nombreux exemples d'application de ce texte en lien avec le domaine de la santé, en premier lieu l'ATF 135 II 12; voir aussi Nicolas Diebold/Bernhard Rüttsche, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd I, § 2 n. 238 ss; voir aussi Bianchi de la Porta, op. cit., n. 8 ss et 49 ss ad art. 2 I-VI LMI). A vrai dire, l'autorité intimée ne conteste pas l'applicabilité de la LMI à la fourniture de services par une OSAD (on relève à ce propos que ce type de prestation du domaine de la santé n'est pas régi par le droit fédéral), de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'étendre plus longuement sur ce point (voir en outre CDAP GE.2022.0275 du 14 août 2022 consid.3a, qui retenait déjà l'application de la LMI à de tels services); par contre, elle soutient que le domaine de la santé présente des particularités qui justifient d'admettre que la présomption d'équivalence des réglementations peut être levée plus aisément que dans d'autres domaines, ce que dément la COMCO; la recourante est d'ailleurs sur la même ligne que cette dernière.

### **E. 4**

On a relevé plus haut le principe posé par l'art. 2 al. 5 LMI suivant lequel les réglementations cantonales prévalant en Suisse sont présumées équivalentes; l'idée est que ces différentes réglementations poursuivent le plus souvent des objectifs semblables et

adoptent des régimes similaires, susceptibles d'aboutir à des résultats proches au regard des intérêts publics poursuivis (dans ce sens, Diebold, op. cit., n. 1308 ss). La nouvelle teneur de la LMI de 2005 a d'ailleurs voulu renforcer la liberté d'accès au marché pour les acteurs extra-cantonaux; c'est cette révision qui a introduit expressément dans la loi la présomption d'équivalence discutée ici. a) La doctrine, puis la jurisprudence rendue sur cette base ont d'ailleurs insisté sur le fait qu'un renversement de la présomption ne peut être admis que de manière très restrictive (sur la difficulté à établir les conditions d'un renversement de cette présomption: Diebold, op. cit., n. 1348 ss, spécialement n. 1355 et les précédents cités). On peut évoquer à titre d'exemple l'ATF 135 II 12 . Dans cette espèce, un psychothérapeute non-médecin, autorisé à pratiquer dans le canton des Grisons souhaitait pratiquer sa profession dans le canton de Zurich; or, le canton de Zurich prévoyait pour une telle activité l'exigence d'une formation de base universitaire, alors que tel n'était pas le cas dans le canton des Grisons. Malgré la différence des niveaux d'exigence entre ces deux cantons, assez marqué en l'occurrence, le Tribunal fédéral a confirmé que le requérant devait être autorisé à pratiquer dans le canton de Zurich (voir en outre Diebold, op. cit., n. 1318 ss). Les principaux cas dans lesquels la présomption pourrait être renversée sont ceux dans lesquels l'activité en cause n'exige aucune autorisation dans le canton de provenance, alors que tel est le cas dans le canton de destination; ou en présence d'un écart considérable d'exigences, par exemple quant au niveau de formation à remplir, entre les deux cantons; ou encore l'hypothèse dans laquelle l'activité est interdite dans le canton de destination (voir à ce propos Diebold, op. cit., n. 1315 ss; voir aussi Diebold/Rütsche, op. cit., § 2 n. 260; la question est différente dans le cas où le requérant, malgré l'autorisation reçue dans le canton d'origine, n'en remplissait pas ou n'en remplissait plus les conditions: dans une telle hypothèse, le droit d'accès au marché doit être nié: Diebold, op. cit., n. 1319 ss). Il faut encore ajouter que le canton de destination doit procéder à une comparaison de sa propre réglementation avec celle du canton de provenance de manière générale et abstraite; autrement dit, il n'a pas la possibilité de procéder à une nouvelle évaluation concrète des conditions à remplir par le requérant pour exercer l'activité en cause (ATF 135 II 12 consid. 2.4; il faut réserver des hypothèses particulières, comme celles que l'on vient d'évoquer, où l'intéressé, par hypothèse, ne remplit plus les conditions exigées pour se voir délivrer l'autorisation du canton de provenance). Enfin, rien ne vient conforter l'idée que le régime de l'art. 2 al. 5 LMI permettrait un renversement de la présomption d'équivalence des réglementations cantonales plus aisé dans le domaine des professions de la santé, plus exactement s'agissant de l'exercice libéral de telles professions. C'est le résultat contraire qui ressort en effet tant de la jurisprudence que de l'exposé de doctrine qui précède. b) Dans le cas d'espèce, l'autorité intimée s'étend longuement sur la politique sanitaire suivie dans le canton de Vaud, s'agissant des OSAD et du recours aux proches aidants; la décision évoque au surplus brièvement la réglementation zurichoise. Elle en tire assez rapidement la conclusion que la réglementation zurichoise n'est pas équivalente à la réglementation vaudoise, notamment pour considérer que l'admission de la recourante à pratiquer dans le canton de Vaud serait de nature à préjudicier la qualité des soins. Toutefois, la recourante, qui se réfère non seulement à la réglementation zurichoise mais aussi à la pratique suivie par les autorités sanitaires de ce canton, fait valoir à juste titre que les prestations qu'elle sert, avec le concours des proches aidants, ne met nullement en péril la qualité des soins. La COMCO se prononce d'ailleurs dans le même sens. Par ailleurs, la portée de la présomption de l'art. 2 al. 5 se trouve éclairée par certains éléments de l'art. 3 LMI (voir à ce propos Diebold, op. cit., n. 1355). Selon cette dernière disposition, l'autorité intimée devrait démontrer que les

exigences vaudoises " sont indispensables à la réalisation d'intérêts publics prépondérants " (art. 3 al. 1 let. b LMI), mais elle n'y parvient pas. Elle fait sans doute valoir des intérêts publics, mais il n'est pas évident qu'ils soient prépondérants par rapport à l'intérêt public au fonctionnement du marché intérieur; de même le caractère indispensable des mesures résultant de la décision attaquée est loin d'être établi. Enfin, la recourante peut se prévaloir d'une large expérience; là encore, l'autorité intimée n'a pas vérifié si celle-ci est propre à assurer une protection suffisante des intérêts publics, qu'elle allègue "prépondérants", contrairement à ce que prévoit l'art. 3 al. 2 let. d LMI . Ainsi, les niveaux d'exigence posés à l'égard des OSAD apparaissent sans doute différents dans les cantons de Zurich et de Vaud (ce dernier semble s'inspirer des critères posés pour l'admission à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins). La Cour doit cependant constater que ces niveaux d'exigence ne sont pas à ce point différents que l'on puisse considérer que la présomption de l'art. 2 al. 5 LMI a été renversée, en dépit de l'argumentation de l'autorité intimée développée notamment aux ch. 39, 43 ss de sa décision et au ch. II de sa réponse. c) Il en découle que le recours doit être admis et l'autorisation d'exploiter sollicitée accordée. Il n'en demeure pas moins qu'il appartiendra au canton de Vaud, comme canton de destination, d'exercer la surveillance de l'activité déployée par la recourante sur son territoire (Diebold, op. cit., n. 1363).

## **E. 5**

Il convient, par surabondance, d'évoquer les restrictions fixées par la décision attaquée, susceptibles, selon cette dernière, de permettre l'octroi d'une autorisation d'exploiter à la recourante. On se bornera ici à un examen rapide, dans la mesure où le recours, comme on vient de le voir, doit de toute manière être admis. En effet, lorsque le canton de destination échoue à renverser la présomption d'équivalence des réglementations, celui-ci ne peut pas prévoir des restrictions au regard de l'art. 3 LMI. En outre, dans l'hypothèse où ce renversement peut être admis, seules des mesures indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants sont admissibles (art. 3 al. 1 let. b LMI); on peut admettre ici que les restrictions prévues s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a); l'exigence de la let. b recoupe d'ailleurs en partie l'exigence du respect du principe de la proportionnalité, selon la let. c, complétée par l'al. 2. L'art. 3 al. 2 LMI, précisément, mentionne expressément diverses hypothèses dans lesquelles le principe de la proportionnalité n'est pas respecté. Il en va ainsi de l'exigence d'un siège ou d'un établissement au lieu de destination (let. c; cette règle vaut de manière absolue, l'exigence d'un siège ou d'un établissement étant réputé disproportionné: Bianchi Della Porta, op. cit., n. 50 ad art. 3 LMI). Or, la décision attaquée exige que la recourante soit localisée physiquement sur sol vaudois, avec des locaux effectifs, permettant une accessibilité, disponibilité (immédiate en cas d'urgence) avec un interlocuteur sur place et la garantie d'une connaissance du réseau de soin régional et de la langue parlée dans le canton; la COMCO (expertise n. 32 s.) fait remarquer à cet égard que cette exigence coïncide ou à tout le moins se rapproche fort de l'exigence d'un siège ou d'un établissement au lieu de destination, condition qui serait clairement contraire à l'art. 3 al. 2 let. c LMI précité. Cette condition, en tous les cas, ne saurait être confirmée telle quelle. La décision attaquée exige en outre, à titre de charge, que soient garanties les conditions de travail des collaborateurs de l'OSAD que mettrait sur pied la recourante, de manière qu'elles soient conformes aux chapitres 3 et 5 de la convention collective de travail du secteur sanitaire, soit en termes de rémunération, modalités de travail et développement des compétences. La COMCO relève à cet égard – et la Cour se rallie à cette approche – que les art. 2 al. 1 et 3 LMI s'appliquent

également lorsqu'il est question de l'application de conventions collectives de travail (ATF 124 I 107 consid. 2f). En l'occurrence, la décision attaquée n'exigerait pas l'adhésion à la convention collective en cause, mais bien l'application des règles matérielles de celle-ci à la recourante, en l'absence d'adhésion. Pourtant, même s'agissant de cet aspect, pour être conforme à la LMI, cette exigence devrait être confrontée au mécanisme de l'art. 2 al. 5, puis de l'art. 3 LMI. Autrement dit, il convient d'examiner si les réglementations vaudoises et zurichoises sont ou non équivalentes à cet égard. La réponse à cette question doit être positive, sous réserve d'un véritable dumping salarial par le prestataire de service externe. On ne voit pas que l'on se trouve en présence de dumping dans le cas d'espèce, de sorte que l'exigence posée par la décision attaquée à cet égard ne saurait être confirmée. En d'autres termes, à supposer que le canton de Vaud soit parvenu avec succès à renverser la présomption posée par l'art. 2 al. 5 LMI, il n'en demeurerait pas moins que les conditions fixées par la décision attaquée pour autoriser l'exploitation projetée par la recourante devraient être annulées.

## **E. 6**

Il résulte des considérations qui précèdent (spécialement du consid. 4 ci-dessus) que le pourvoi doit être admis. En conséquence, la décision attaquée doit être réformée, en ce sens que la demande d'autorisation d'exploiter fondée sur la LMI, présentée par la recourante, doit être admise. Le présent arrêt doit dès lors être rendu sans frais (art. 49 LPA-VD). Au surplus, la recourante, qui a procédé avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (ce qui ne saurait être le cas du Département, qui n'était pas assisté, bien qu'il ait conclu à l'allocation de dépens; art. 55 LPA-VD).

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