

B 1	5. BGBM LMI LMI
B 1.5	1. Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik / La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires

Publikation einer Verfügung, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Dr. Nicolas Diebold und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission

Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Dr Nicolas Diebold et Gaël Schaffter, Centre de compétence LMI, Secrétariat de la Commission de la concurrence

1. Erläuterungen / Commentaires

1. Die Gesellschaft A. AG betreibt eine Zahnarztklinik im Kanton St. Gallen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft und verfügt über eine st. gallische Betriebsbewilligung als medizinisches Institut. Zur Begründung einer neuen Niederlassung im Kanton Zürich ersuchte die A. AG beim Kantonsärztlichen Dienst des Kantons Zürich gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) um Erteilung einer Bewilligung zum Betrieb einer Zahnarztklinik in Form einer juristischen Person. Im Gesundheitsrecht des Kantons Zürich war nach Auffassung des Kantonsärztlichen Dienstes im Unterschied zum Kanton St. Gallen nicht vorgesehen, dass Zahnärzte eine Praxis als juristische Person führen können.

2. Die Bestimmung nach Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang (MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N1). In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung (zum Herkunftsprinzip BGE Urteil 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 [Marktzugang für Sanitärinstallateure]; Urteil 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009 [Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten]; BGE 135 II 12 [Marktzugang für Psychotherapeuten]; aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, 129 ff., 142 ff.);

- *Dienstleistungsfreiheit.* Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM hat jede Person das Recht,

Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters.

- *Niederlassungsfreiheit.* Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

3. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, muss dem ortsfremden Anbieter ohne weiteres Marktzugang gewährt werden (BGE 135 II 12 E. 2.4).

4. Marktzugangsbeschränkungen sind nur in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und sofern die Beschränkungen a) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten sowie b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM). Grundsätzlich immer unzulässig sind verdeckte Marktzutrittschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

5. Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1-4 BGBM erfasst nicht nur Marktzugangsvorschriften im eigentlichen Sinne (z.B. Bewilligungsvoraussetzungen), sondern auch Vorschriften über die Modalitäten der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. So richtet sich beispielsweise die Befugnis eines ortsfremden Rechtsanwalts zur Anstellung und Ausbildung von Rechtspraktikanten nach den Vorschriften des Herkunftsorts des Rechtsanwalts (BGE 134 II 329 E. 6). Entsprechend erfasst das Herkunftsprinzip auch Vorschriften über die Organisationsform einer Erwerbstätigkeit. Die A. AG verfügt somit gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM über einen Anspruch, im Kanton Zürich eine Zahnarztklinik nach den st. gallischen Vorschriften in der Form einer juristischen Person zu betreiben.

6. Im vorliegenden Fall erteilte der Kantonsärztliche Dienst des Kantons Zürich der A. AG gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM eine Bewilligung zum Betrieb eines medizinischen Instituts nach den Herkunftsvorschriften (Art. 51 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons St. Gallen). Diese Bewilligung wurde aber gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM mit verschiedenen Auflagen verbunden. Die A. AG wurde verpflichtet sicherzustellen, dass ihr Personal mindestens fünf zahnmedizinische Fachbereiche sowie drei akademische Behandlungsbereiche und einen nichtakademischen Bereich abdeckt.

7. Die Wettbewerbskommission setzte gegen diese Bewilligung ihr Beschwerderecht nach Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM ein, mit der Begründung, dass der Kantonsärztliche Dienst die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM missachtet habe und die Auflagen nicht im Einklang mit den Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM stünden.

8. Noch während Hängigkeit der Beschwerde der Wettbewerbskommission urteilte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem anderen Fall, dass gemäss zürcherischem Gesundheitsrecht nicht ausgeschlossen sei, eine urologische Praxis als ambulante ärztliche Institution in der Form einer juristischen Person zu begründen (Urteil VB.2011.00413 vom 22. September 2011). Damit wurde die Ärzte-AG im Kanton Zürich zulässig, weshalb der Kantonsärztliche Dienst die Betriebsbewilligung der A. AG in Wiedererwägung zog und mit Verfügung vom 21. Februar 2012 eine neue Bewilligung erteilte. Die nachfolgend gestützt auf Art. 10a Abs. 2 BGBM publizierte neue Bewilligung stützt sich nach wie vor auf das Binnenmarktgesetz und die st. gallischen Vorschriften, verzichtet jedoch auf die umstrittenen Auflagen.

* * *

1. La société saint-galloise A. AG exploite un réseau de centres médicaux dentaires sous la forme d'une société anonyme et dispose pour ce faire d'une autorisation d'exploitation en tant qu'institut médical. A l'occasion de la fondation d'une nouvelle succursale dans le canton de Zurich, A. AG a requis du Service du médecin cantonal, sur la base de la Loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), une autorisation d'exploiter une clinique de soins médicaux dentaires sous la forme d'une société anonyme. Toutefois, selon l'interprétation du Service du médecin cantonal, la loi sur la santé publique zurichoise, à l'inverse de celle du canton de St-Gall, ne prévoyait

pas la possibilité d'exploiter un cabinet dentaire sous la forme d'une personne morale.

2. L'article 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de la Loi sur le marché intérieur un droit individuel au libre accès au marché (MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: MATTHIAS OESCH/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH (Eds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, art. 2 N1). Le principe du lieu de provenance institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1er. Le principe du lieu de provenance vaut tant pour les activités économiques intercantionales que pour la constitution d'un (deuxième) établissement (au sujet du principe du lieu de provenance, cf. arrêt du TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011 [accès au marché des installateurs sanitaires]; arrêt du TF 2C_844/2008 du 15 mai 2009 [accès au marché des thérapeutes de la médecine complémentaire]; ATF 135 II 12 [accès au marché des psychothérapeutes]; dans la littérature, par exemple: NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, 129 ss, 142 ss):

- *La liberté de prestation de services*: selon l'art. 2 al. 1 en lien avec l'al. 3 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. Les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement y sont applicables.
- *La liberté d'établissement*: Selon l'art. 2 al. 4 LMI toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement. Il en va de même en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement.

3. Le droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du lieu de destination peut restreindre l'accès au marché par le biais de charge ou de conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit dans un premier temps vérifier si les règles générales et abstraites d'accès au marché et la pratique y relative du lieu de provenance d'un offreur externe offrent une protection équivalente des intérêts publics à celles du lieu de destination. Dans ce cadre, l'art. 2 al. 5 LMI présume l'équivalence des prescriptions. Si dans un cas concret la présomption d'équivalence n'est pas renversée, alors l'accès au marché doit être accordé sans autre à l'offreur externe (ATF 135 II 12, cons. 2.4).

4. Les restrictions d'accès au marché ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions pour autant que, dans un cas concret, les prescriptions du lieu de provenance offrent un niveau de protection notablement inférieur à celui qu'offrent les dispositions du lieu de destination (réfutation de la présomption

d'équivalence) et pour autant que les restrictions (a) s'appliquent de la même manière aux offreurs locaux, (b) soient indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et (c) répondent au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 et 2 LMI). En tous les cas, les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI) ou les refus d'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) sont inadmissibles.

5. Le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 al. 1 à 4 LMI ne concernent pas uniquement les prescriptions d'accès au marché au sens étroit (par ex.: les conditions d'autorisation), mais aussi les prescriptions sur les modalités d'exercice d'une activité lucrative. Ainsi, par exemple, la possibilité pour un avocat qui a obtenu son brevet dans un autre canton d'engager et de former un avocat-stagiaire est régie par les prescriptions de cet autre canton (ATF 134 II 329, cons. 6). En conséquence, le principe du lieu de provenance comprend également des prescriptions sur l'organisation d'une activité lucrative. Ainsi, sur la base de l'art. 2 al. 4 LMI, A. AG dispose d'un droit d'exploiter dans le canton de Zurich une clinique de soins dentaires sous la forme d'une personne morale en application des prescriptions du canton de St-Gall.

6. Dans le cas présent, le Service du médecin cantonal du canton de Zurich a délivré à A. AG une autorisation d'exploiter une clinique de soins médicaux dentaires sur la base de l'art. 2 al. 4 LMI et du droit du lieu de provenance (art. 51 al. 1 Gesundheitsgesetz du canton de St-Gall). Mais cette décision prévoyait différentes charges, basées sur l'art. 3 al. 1 LMI. A. AG devait notamment assurer que son personnel fournisse des prestations dans au moins cinq domaines spécialisés de médecine dentaire, trois domaines académiques et un non-académique.

7. La Commission de la concurrence a fait usage du droit de recours que lui accorde l'art. 9 al. 2^{bis} LMI contre cette décision, au motif que le Service du médecin cantonal n'avait pas tenu compte de la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI et que les charges n'étaient pas conformes aux conditions imposées par l'art. 3 al. 1 LMI.

8. Alors que le recours de la Commission de la concurrence était pendant, le Tribunal administratif du canton de Zurich a jugé, dans une autre affaire, que la loi de santé publique zurichoise n'excluait pas l'exploitation d'un cabinet d'urologie ambulatoire sous la forme d'une personne morale (Jugement VB.2011.00413 du 22 septembre 2011). Les sociétés anonymes exploitant un cabinet médical étant admises, le Service du médecin cantonal a reconsidéré la décision d'exploitation de A. AG et, par décision du 21 février 2012, lui a octroyé une nouvelle autorisation d'exploiter. La décision reproduite ci-dessous, publiée en application de l'art. 10a al. 2 LMI, se base comme auparavant sur la Loi sur le marché intérieur et le droit saint-gallois, mais ne prévoit plus les charges initialement contestées.

2. Verfügung des Kantonsärztlichen Dienstes des Kantons Zürich vom 21. Februar 2012

„Betriebsbewilligung (Nach Binnenmarktrecht und St. Galler Recht)

Der Kantonszahnärztliche Dienst verfügt nach Einsicht in die neue Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VB.2011.00413, Urteil vom 22. September 2011) und das Wiedererwägungsgesuch der A. AG vom 8. Dezember 2011 gestützt auf Art. 2 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), Art. 51 des st. gallischen Gesundheitsgesetzes (GesG-SG) sowie Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2 und Art. 24 der st. gallischen Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege (VEG-SG):

- I. Die der A. AG, [...] am 8. Juli 2010 mit Auflagen erteilte Bewilligung zum Betrieb der Einrichtung [im Kanton Zürich] wird aufgehoben.
- II. A. AG wird wiedererwägungsweise gestützt auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. September 2011 (VB.2011.00413) eine neue Bewilligung zum Betrieb der Einrichtung [im Kanton Zürich] ohne Auflagen erteilt. Zahnärztlicher Leiter ist B. _____ mit Berufsausübungsbewilligung als selbstständiger Zahnarzt des Kantons Zürich.
- III. Die Einrichtung, die zahnärztliche Leiterin / der zahnärztliche Leiter sowie die Mitarbeiter unterstehen vollumfänglich den Bestimmungen der st. gallischen Gesundheitsgesetzgebung. Es wird insbesondere auf folgende Bestimmungen hingewiesen:

Mitteilungspflicht: Die Einrichtung teilt Änderungen in den Voraussetzungen, unter denen die Bewilligung erteilt wurde, der Vollzugsbehörde vor deren Eintreten unaufgefordert schriftlich mit. Die Mitteilungspflicht umfasst insbesondere die Betriebsaufgabe, den Wechsel des Standorts, Änderungen im Leistungsangebot sowie Änderungen von Bezeichnung, Organisation und Leitung der Einrichtung (Art. 9 VEG-SG). Die Mitarbeiter der Einrichtung teilen der Vollzugsbehörde die Aufnahme, Verlegung und Aufgabe der beruflichen Tätigkeit innert 30 Tagen nach deren Eintritt mit (Art. 10 der Verordnung über die medizinischen Berufe (VMB-SG)).

Auskündigung: Auskündigungen der Einrichtung sowie der Zahnärztinnen und Zahnärzte einschliesslich der Verwendung akademischer Titel weisen keinen rechtswidrigen Inhalt auf, sind nicht aufdringlich und geben zu keinen Täuschungen Anlass (Art. 10 VEG-SG, Art. 12 VMB-SG). Die Einrichtung ist berechtigt, gegen aussen unter ihrem Namen aufzutreten, ohne dass die in der Einrichtung tätigen Zahnärztinnen und Zahnärzte namentlich erwähnt werden müssen.

Krankengeschichten: Die Einrichtung ist in Bezug auf die Krankengeschichten aufbewahrungspflichtig. Die Verantwortung für den Umgang mit den Krankengeschichten liegt bei der

-
- zahnärztlichen Leiterin / dem zahnärztlichen Leiter.
- IV. Die Bewilligung ist befristet bis 20. Februar 2022 (Art. 8 VEG-SG). Sie wird auf entsprechendes Gesuch hin erneuert, sofern die Bewilligungsvoraussetzungen fortbestehen. Das Gesuch ist rechtzeitig vor Bewilligungsablauf zu stellen.
- V. Für diese Bewilligung wird der A. AG keine Gebühr auferlegt.
- VI. [Rechtsmittelbelehrung]
- VII. [Mitteilung]
- Kantonszahnärztlicher Dienst“
-